Sygn. akt: KIO 1842/19

WYROK

z dnia 4 października 2019 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Irmina Pawlik
Anna Packo
Aleksandra Patyk

Protokolant: Rafał Komoń

---

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 2 października 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 września 2019 r. przez wykonawcę ENERIS Surowce Spółka Akcyjna z siedzibą w Kielcach w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Gminę Miasto Tomaszów Mazowiecki

przy udziale wykonawcy Zakład Gospodarki Wodno-Kanalizacyjnej w Tomaszowie Mazowieckim Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Tomaszowie Mazowieckim zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża odwołującego ENERIS Surowce Spółka Akcyjna z siedzibą w Kielcach i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Piotrkowie Trybunalskim.

Przewodniczący: .....

Sygn. akt: KIO 1842/19

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający Gmina Miasto Tomaszów Mazowiecki prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Odbiór odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych na terenie Gminy Miasto Tomaszów Mazowiecki" (nr postępowania: WI.271.1.34.2019.ZP). Postępowanie prowadzone jest w trybie zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 ze zm., dalej „ustawa Pzp"). Wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. W dniu 9 września 2019 r. Zamawiający - Gmina Miasto Tomaszów Mazowiecki opublikował na swojej stronie internetowej informację o zamiarze zawarcia umowy w trybie zamówienia z wolnej ręki („Informacja"), zaś w dniu 13 września 2019 r. opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej ogłoszenie o dobrowolnej przejrzystości ex ante.

W dniu 19 września 2019 r. wykonawca ENERIS Surowce Spółka Akcyjna z siedzibą w Kielcach (dalej jako „Odwołujący") wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec czynności Zamawiającego zarzucając mu naruszenie:

1. art. 67 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 67 ust. 8 i ust. 9 ustawy Pzp poprzez przyjęcie, że zachodzą przesłanki do udzielenia zamówienia z wolnej ręki, podczas gdy Zamawiający nie wykazał zaistnienia przesłanki uprawniającej do zastosowania takiego trybu, dotyczącej procentu działalności wykonywanej przez podmiot, któremu udziela się zamówienia, na rzecz zamawiającego sprawującego nad nim kontrolę i bezzasadnie przyjął, że opisane w Informacji o zamiarze zawarcia umowy okoliczności uzasadniają przyjęcie, że dane przychody uzyskane z opłat od odbiorców innych niż gospodarstwa domowe można potraktować jako przychód z zadań powierzonych przez Zamawiającego;

2. art. 67 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 67 ust. 8 i 9 ustawy Pzp poprzez przyjęcie, że dane dotyczące średniego przychodu za 3 lata poprzedzające udzielenie zamówienia dotyczące Zakładu Gospodarki Wodno-Kanalizacyjnej w Tomaszowie Mazowieckim Sp. z o.o. (dalej jako „Wykonawca" lub „ZGWK") są adekwatne i w związku z tym, procent działalności wykonywanej przez Wykonawcę na potrzeby zastosowania trybu z wolnej ręki można ustalić za pomocą danych z okresu ostatnich trzech lat obrotowych, podczas gdy w wyniku reorganizacji spółki dane te są nieaktualne i nieadekwatne, a Zamawiający obowiązany był wykonać wiarygodne prognozy finansowe dla wykazania sposobu obliczenia wskaźnika procentowego;

3. art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp i innych wskazanych w treści uzasadnienia odwołania,

w tym w szczególności art. 7 ust. 1 ustawy Pzp - poprzez przyjęcie, że w zaistniałym stanie

faktycznym zachodzą przesłanki do udzielenia zamówienia z wolnej ręki z art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, 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 prounijna interpretacja przepisów ustawy Pzp), co w konsekwencji będzie prowadziło 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.

Wskazując na powyższe zarzuty, Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, ponieważ jest ono obarczone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, polegającą na wszczęciu postępowania w trybie niekonkurencyjnym, pomimo niespełnienia przesłanek ustawowych zezwalających na zastosowanie takiego trybu, a wada ta nie może zostać usunięta w inny sposób.

Wykazując interes we wniesieniu odwołania, Odwołujący przywołał wyrok Sądu Okręgowego w Gdańsku z dnia 25 maja 2012 r. o sygn. akt XII Ga 92/12, wyjaśniając, iż jest podmiotem prowadzącym działalność gospodarczą w zakresie m.in. odbioru i zagospodarowania odpadów - w tym komunalnych m.in. na terenie woj. Łódzkiego, a w szczególności na terenie Miasta Tomaszów Mazowiecki oraz gmin ościennych. Odwołujący posiada Oddział w Tomaszowie Mazowieckim oraz całą infrastrukturę techniczną i sprzętową, a także bazę magazynowo transportową. Od ponad 20 lat stale świadczy usługę w zakresie odbioru i zagospodarowania odpadów na rzecz Miasta Tomaszowa Mazowieckiego uzyskując zamówienia w wyniku organizowanych dotychczas przetargów. W związku z tym, Odwołujący zainteresowany jest stałym prowadzeniem działalności na terenie Miasta Tomaszów Mazowiecki. Realizacja zamówienia skutkowałaby zapewnieniem Odwołującemu przychodów z prowadzonej działalności. Udzielenie zamówienia w trybie zamówienia z wolnej ręki przez Zamawiającego prowadziłoby do naruszenia uprawnień rynkowych Odwołującego jako podmiotu działającego na rynku odbioru i zagospodarowania odpadów i skutkowałoby

nieuzyskaniem zamówienia na odbiór opadów. Odwołujący zaznaczył, że już obecnie Zamawiający prowadzi działania mające na celu pozyskanie doświadczonych i wyszkolonych pracowników Odwołującego do realizacji zamówienia w formule in-house co powoduje, że szkoda przejawia się nie tylko w utracie korzyści ze świadczenia usługi, ale i stracie w postaci odpływu wykwalifikowanej kadry.

Odnosząc się do przesłanek opisanych w art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp Odwołujący w pierwszej kolejności omówił kwestię sprawowania przez Zamawiającego kontroli nad

Wykonawcą. W szczególności wskazał, iż Zamawiający nie wykazał, żeby Zgromadzenie Wspólników posiadało jakieś dodatkowe kompetencje decydujące o ściślejszym nadzorze właścicielskim. Sam fakt braku powołania komisji rewizyjnej nie wskazuje na taki ściślejszy nadzór, jest to konstrukcja standardowa, a komisja rewizyjna jest powoływana wyjątkowo. W jego ocenie kompetencje wymienione przez Zamawiającego trudno określić mianem dominującego wpływu na cele strategiczne oraz dominującego wpływu na istotne decyzje dotyczące zarzadzania sprawami. Odwołujący wskazał, że jedynym wiarygodnym i istotnym, acz niewystarczającym, argumentem jest fakt posiadania przez Zamawiającego 100% udziałów w Wykonawcy. Argument ten nie jest wystarczający, gdyż dominujący wpływ na cele strategiczne oznacza możliwość określania przez instytucje zamawiające celów podmiotu podległego oraz prawo zatwierdzania bądź uchylania planów przedstawianych przez podległą spółkę. Sama kontrola działalności spółki (nawet wzmocniona) nie może być poczytywana jako wpływ na cele strategiczne spółki. Dopiero jasno określony nadzór może stanowić przejaw dominującego wpływu na strategiczne decyzje (Odwołujący powołał się na wyrok TSUE z 10 września 2009 r. w sprawie o sygn. C-573/07 Sea Srl).

Dalej, omawiając pojęcie „analogicznej kontroli" wskazał, iż taka kontrola istnieje, gdy osoba prawna podlega kontroli pozwalającej instytucji zamawiającej na skuteczne wywieranie wpływu na jej decyzje. Chodzi o możliwość przesądzającego wpływu zamawiającego zarówno na strategiczne cele, jak i na jej istotne decyzje zarządcze (w tym zakresie Odwołujący powołał się na wyroki TSUE z 18 listopada 1999 r. w sprawie C-107/98 Teckal; z 13 października 2003 r. w sprawie C-458/03 Parking Brixen GmbH; z 13 listopada 2008 r. w sprawie C- 324/07 Coditel Brabant; z 10 września 2009 r. w sprawie C-573/07 Sea Srl, z 29 listopada 2012 r. w sprawach połączonych C-182/11 i C-183/11). Podkreślił, że dla oceny elementu kontroli istotny jest nie tylko aspekt prawny, lecz także aspekt faktyczny, tj. realny wpływ jednostki samorządu terytorialnego na dany podmiot i decyzje przez niego podejmowane. W szczególności istotne jest wykazanie, czy Zamawiający powierzając określone zadanie wywiera decydujący wpływ zarówno na cele strategiczne, skład personalny, jak i inne kwestie wynikające ze sprawowania zarządu w danym podmiocie; ocena statusu tego podmiotu powinna brać pod uwagę całokształt uregulowań prawnych (tak wewnętrznych, jak i ogólnie obowiązujących przepisów) oraz okoliczności faktycznych, dotyczących ewentualnej autonomii i jej zakresu danego podmiotu.

Odwołujący podniósł także, że na dzień składania odwołania mógł odnieść się wyłącznie do informacji przekazanych przez Zamawiającego w informacji o zamiarze zawarcia umowy. Wyjaśnił, iż zwrócił się o przekazanie dokumentów, na podstawie których Informacja została przygotowana, ale do dnia wniesienia odwołania ich nie otrzymał. Niezależnie jednak od tego kiedy dokumenty zostaną przekazane, Odwołujący podkreślił, że obowiązek wykazania zaistnienia przesłanki spoczywa na Zamawiającym, który jak sam wskazał, zamierza zawrzeć umowę na zasadzie wyjątku, co jest możliwe jedynie po łącznym wykazaniu wszystkich wymaganych przesłanek. W ocenie Odwołującego Zamawiający nie wykazał istnienia dominującego wpływu na cele strategiczne oraz dominującego wpływu na istotne decyzje dotyczące zarzadzania sprawami Wykonawcy. Wykazał jedynie, że Zamawiający jest jedynym udziałowcem Wykonawcy, co może, ale nie musi być jednoznaczne z istnieniem dominującego wpływu. Zauważył, iż TSUE traktuje współpracę publiczno-publiczną jako wyjątek od zasad ogólnych dotyczących stosowania konkurencyjnych procedur przetargowych, a obowiązek wykazania spełnienia przesłanek spoczywa na podmiocie, który wywodzi z tej okoliczności określone skutki prawne (wyrok TSUE z 28 marca 1996 r. w sprawie C-318/94 oraz z 10 kwietnia 2003 r. w połączonych sprawach C-20/01 oraz C-28/01).

Następnie Odwołujący odniósł się do kwestii wykazania przez Zamawiającego, że ponad 90% działalności ZGWK dotyczy wykonywania zadań powierzonych przez Zamawiającego. Podkreślił, że działalność Wykonawcy koncentruje się wokół zadań powierzonych związanych z dostarczaniem wody i odprowadzaniem ścieków na terenie Gminy Miasta Tomaszów Mazowiecki, jak opisano w Informacji Wykonawca wykonywał takie właśnie zadania. Jednakże jak wyjaśniono na stronie 11 Informacji tylko 75,45% ilości wody dostarczono do gospodarstw domowych i jedynie 66,40% ścieków to ścieki bytowe. Pozostała działalność to usługi świadczone pozostałym odbiorcom (przedsiębiorcom) i odbiór ścieków przemysłowych. W związku z tym działalność Wykonawcy nie koncentruje się na działalności powierzonej przez Zamawiającego, lecz w dużej mierze stanowi działalność na rzecz podmiotów komercyjnych. Znamienna jest tu również struktura wpływów, które niemal w całości pochodzą

z opłat uiszczanych przez mieszkańców i inne podmioty, nie przez Zamawiającego.

Odwołujący wskazał jednak, iż najistotniejszą kwestą jest sposób liczenia 90% przychodów. Przywołał brzmienie art. 67 ust. 8 i 9 ustawy Pzp, akcentując kwestię reorganizacji działalności przedsiębiorstwa i ustalania w takiej sytuacji procenta działalności. Odnośnie interpretacji pojęcia „reorganizacji" Odwołujący powołał się na definicję prezentowaną przez Podsekretarza Stanu w Ministerstwie Rozwoju, stanowisko Sądu Najwyższego, wyrok Sądu Okręgowego w Szczecinie z 11 stycznia 2013 r., a także wyroki KIO z 7 lutego 2017 r. o sygn. akt 96/17 i z 11 marca 2019 r. o sygn. akt KIO 305/19. Podkreślił, że rozważania Zamawiającego, iż przedstawione w Informacji zmiany zakresów pionów odpowiedzialnych za realizację poszczególnych operacji w spółce ZGWK nie może skutkować, lecz z pewnością skutkuje reorganizacją przedsiębiorstwa. Dalej zwrócił uwagę, iż ZGWK dokonała i wciąż dokonuje zakupów i przedstawił dane dotyczące wyboru ofert najkorzystniejszych przez ww. podmiot w czterech postępowaniach. Podniósł, że sam Zamawiający w Informacji przyznał i opisał zaistnienie i szczegóły reorganizacji, dodał jednak, że w okolicznościach sprawy dochodzi dopiero do głębokiej reorganizacji, której wpływy musi zostać wzięty pod uwagę przy ocenie realności struktury przychodów. Dotychczas spółka wybrała oferty w postępowaniach związanych z organizacją części działalności związaną z odbiorem i zagospodarowaniem odpadów na kwotę ponad 2 300 000 zł, a umowy te nie pozwalają w żadnym stopniu na wykonywanie usługi. Odwołujący wskazał, że dotychczas prowadząc postępowania na odbiór i zagospodarowanie odpadów Zamawiający wymagał od wykonawców dysponowania pojazdami w ilości minimum 12 szt., w tym:

- 6 szt. pojazdów typu śmieciarka do odbioru odpadów zmieszanych z pojemników;

- 1 szt. pojazdu typu śmieciarka przeznaczona do odbioru odpadów zbieranych selektywnie takich jak: papier, tworzywa sztuczne, metale;

- 1 szt. pojazdu przystosowana do odbioru odpadów ulegających biodegradacji;

- 1 szt. pojazdu typu śmieciarka z możliwością załadunku kontenerów o pojemnościach 5 000 l i 7000 l;

- 1 szt. pojazdu z dźwignikiem hakowym lub bramowym do odbioru kontenerów z odpadami;

- 1 szt. samochodu ciężarowego z windą przystosowanego do odbioru odpadów wielkogabarytowych lub odpadów szklanych umieszczonych w szczelnych workach

plastikowych;

- 1 szt. pojazdu typu śmieciarka - myjka o zamkniętym obiegu wody, przystosowanego do odbierania odpadów oraz do mycia i dezynfekcji pojemników w miejscu odbioru odpadów.

Odwołujący wskazał, iż dotychczas Wykonawca zakupił (a mówiąc precyzyjnie wybrał wykonawcę, który ma dostarczyć) jeden z 12 pojazdów. W związku z tym, jego zdaniem, konieczne będzie dokonywanie kolejnych zakupów lub pozyskania pojazdów w inny sposób, co z kolei może wpływać na kwestię wydatków i związaną z nią bezpośrednio strukturę wpływów. Konieczność dalszych inwestycji wiąże się z koniecznością pokrywania dokonywanych wydatków z wpływów. Mając na uwadze fakt, że wpływy pochodzić będą jedynie z opłat od mieszkańców, powstaje wątpliwość, czy Wykonawca znajdzie pokrycie na ich finansowanie i czy nie będzie zmuszony sięgnąć po przychody z innych źródeł.

Odwołujący zaznaczył, że Zamawiający w Informacji zupełnie pomija fakt, że na moment wszczęcia postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki na odbiór odpadów (bez ich zagospodarowania) nie ma gdzie odebranych odpadów zagospodarować. Jak wynika z informacji zawartych na stronach internetowych Zamawiającego ogłosił on postępowanie na zagospodarowanie odpadów dzieląc je na 4 części: 1. Część dotyczyła odpadów niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych (kod odpadu - 20 03 01) i odpadów ulegających biodegradacji (kod odpadu - 20 02 01) 2. Część dotyczyła odpadów segregowanych; 3. Część dotyczyła gruzu i odpadów wielkogabarytowych i 4. Cześć dotyczyła odpadów zbieranych selektywnie i odbieranych z PSZOK. Postępowanie zostało rozstrzygnięte tylko w dwóch z czterech części tj. części 1 i 3. W pozostałym zakresie

postępowanie unieważniono. Oznacza to, że na ten moment Zamawiający nie ma możliwości zagospodarowanie odpadów segregowanych, w tym odbieranych z PSZOK, co po wprowadzaniu obligatoryjnego segregowania odpadów przez mieszkańców powoduje, że system nie jest wydolny.

Odwołujący podkreślił, że jak wynika z opisu przedmiotu zamówienia obejmie on jedynie odbiór odpadów od właścicieli nieruchomości zamieszkałych oraz przywołał treść art. 6c ust.

2a ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach. Wskazał, że gmina nie musi objąć systemem odbierania odpadów nieruchomości niezamieszkałych,

czego jak wynika z aktów prawa miejscowego nie uczyniła. W związku z tym nieruchomości niezamieszkałe - sklepy (w tym wielkopowierzchniowe) hotele, restauracje, zakłady przemysłowe itp. będą miały obowiązek samodzielnie wybrać wykonawcę i zawrzeć umowę

na odbiór i zagospodarowanie odpadów. Wykonawca podpisując takie umowy zyska wpływy

od podmiotów innych niż Zamawiający. Już chociażby z tego powodu wyraźnie widać, że historyczne ujęcie wpływów po reorganizacji spółki stanie się nieaktualne. Co więcej relacja między wydatkami na inwestycje i strukturą przyszłych wpływów może wskazać na

konieczność zawierania umów z właścicielami nieruchomości niezamieszkałych co wpłynie na procentowy wskaźnik źródeł przychodów.

Kolejnym argumentem przemawiającym za koniecznością sięgnięcia po prognozy, a nie

dane historyczne jest fakt, że system gospodarowania odpadami musi być w całości

pokrywany z opłat mieszkańców i nie może być dotowany przez gminę. Taki „zamknięty system finansowania" powoduje, że tylko wiarygodna prognoza finansowa pozwoli na ustalenie struktury przyszłych wpływów. Dalej zwrócono uwagę, że z Informacji wynika, że

zamówienie zostanie udzielone na maksymalny okres 4 lat, a więc okres dłuższy niż wymagana prognoza. Dziwi zatem fakt, że Zamawiający takiej prognozy nie przygotował mając na uwadze fakt, że rozpoczyna zupełnie nową działalność z wykorzystaniem spółki, która nigdy zadań takich nie podejmowała, przy konieczności dokonania dużych inwestycji i oszacowaniu wartości zamówienia na poziomie znacznie odbiegającym od cen rynkowych. Jedynie na marginesie Odwołujący zaznaczył, że zrealizowanie wymaganych inwestycji przy planowanych przychodach nie jest możliwe, w związku z tym nie ma możliwość aby usługa została sfinansowana ze składek mieszkańców, co oznacza, że Zamawiający zamierza udzielić spółce niedozwolonej pomocy publicznej.

Podsumowując Odwołujący wskazał, iż rozszerzenie zakresu działalności spółki o zupełnie nowy segment działalności jest bez wątpienia reorganizacją. Spełniono trzy elementy wymienione przez KIO w wyroku KIO 96/17: 1) Doszło do istotnej zmiany zakresu działalności Wykonawcy; 2) Zmiana zakresu działalności wpływa na dane finansowe

Wykonawcy, w tym na zmianę struktury przepływów finansowych, a w konsekwencji również zmiany sytuacji finansowej Wykonawcy, przez co dane finansowe z poprzednich trzech lat są danymi nieadekwatnymi do sytuacji obecnej, czyli po zmianie zakresu działalności; 3) Zamawiający potwierdził potwierdzenie działań reorganizacyjnych: wzrost zatrudnienia oraz realizowane inwestycje w zakresie sprzętu. Co istotne zapowiedziano również kolejne inwestycje, które mogą mieć dalszy wpływ na dane finansowe wykonawcy, co tylko podkreśla konieczność dokonania analizy finansowej, aby ocenić wpływ planowanych zmian na strukturę przychodów.

W związku z tym, w powyższych okolicznościach, są spełnione warunki, które jednoznacznie wskazują na to, że Wykonawca przeszedł reorganizację w rozumieniu art. 67 ust 9 ustawy Pzp. W tej sytuacji dane finansowe z poprzednich 3 lat przed pierwszym powierzeniem zadania odbioru odpadów komunalnych są nieadekwatne do sytuacji obecnej i planowanej. Dane te mogą służyć jedynie do sporządzenia wiarygodnej prognozy finansowej, o której mowa w art. 67 ust. 9 ustawy Pzp. Gdyby przyjąć odmienną interpretację należałoby przyjąć, że Gmina może wybrać każdą spółkę, której struktura przychodów odpowiada wymogom ustawowym i na jej trzonie budować każdy in-house. Jest to sprzeczne z ideą zakupów wewnętrznych i wypacza cały system in-house. Liczenie przychodów wstecz możliwe jest jedynie w przypadku, gdy działalność spółki wykonywana wcześniej pokrywa się z tą, która objęta jest zakresem zamówienia. W przeciwnym razie dochodzi do naruszenia, a przynajmniej obejścia przepisów prawa.

Omawiając kwestię zaniechania Zamawiającego w zakresie wykazania braku zakłócenia konkurencji, Odwołujący wyjaśnił, iż z punktu widzenia prawa unijnego, co wynika z orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, zamówienia publiczne nieobjęte przepisami dyrektyw w dalszym ciągu podlegają przepisom Traktatu o Funkcjonowaniu UE. TSUE 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. Samo wyłączenie spod przepisów Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia

26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE (dalej „Dyrektywa" lub „Dyrektywa klasyczna"), nie jest wystarczające do uznania, że nie ma konieczności analizy danego przypadku w kontekście regulacji TFUE, w szczególności wspomnianych w motywie pierwszym preambuły do Dyrektywy zasad swobody przedsiębiorczości (art. 49 TFUE) oraz swobody świadczenia usług (art. 56 TFUE), a także z zasadami, które się z nich wywodzą, takimi jak: zasada równego traktowania, zasada niedyskryminacji, zasada wzajemnego uznawania, zasada proporcjonalności oraz zasada przejrzystości.

Zdaniem Odwołującego konieczne jest 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 zakazującego nadużywania pozycji dominującej oraz art. 106 i 107 dotyczących pomocy publicznej. Wskazał, że z punktu widzenia prawa unijnego nie jest zatem tak, że wyłączenie przewidziane w art. 12 ust. 1 Dyrektywy uprawnia zamawiających do całkowitego wyłączenia zamówień publicznych spod wszelkich reguł przewidzianych w TFUE, w dalszym ciągu są oni związani przepisami w nim określonymi, w tym przepisami o ochronie konkurencji. Aby było inaczej, wyłączenie takie powinno zostać przewidziane w samym TFUE, jak jest np. w przypadku, o którym mowa zarówno w Dyrektywie, jak i ustawie Pzp, a dotyczącym art. 346 TFUE. Również Zamawiający podlega regułom konkurencji, w braku przepisów szczególnych wyłączających gminy spod działania przepisów o ochronie konkurencji.

Dlatego decyzja Zamawiającego o udzieleniu zamówienia z wolnej ręki zgodnie z art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp na 4 lata, powinna zostać poprzedzona, w poszanowaniu przepisów o ochronie konkurencji, właściwą analizą rynku uprawniającą do stwierdzenia, iż realizacja konkretnych zadań własnych Zamawiającego nie jest w inny sposób przy zachowaniu konkurencji możliwa. Odwołujący zauważył, że dotychczas zamawiający prowadząc postępowania przetargowe wskazywał czas realizacji usługi 30 miesięcy, podczas gdy udzielając zamówienia in-house określa maksymalny 4 letni okres realizacji. Jednym z elementów takiej analizy powinny być konsultacje rynkowe. W opinii Odwołującego dopiero na bazie takiej analizy, z której wynikałoby, że udzielenie zamówienia własnej spółce komunalnej jest jedynym lub najlepszym rozwiązaniem zapewniającym zamawiającemu realizację jego celów, możliwe jest dalsze procedowanie. W praktyce oznacza to konieczność każdorazowego sprawdzania, czy w danych okolicznościach faktycznych zamówienie, którego zamawiający planuje udzielić na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp nie narusza TFUE.

W celu zachowania zgodności z TFUE, ustawodawca polski regulując zamówienia, o których mowa w art. 12 ust. 1 Dyrektywy i przewidując dla nich tryb zamówienia z wolnej ręki przewidział specjalny mechanizm weryfikacji (analizy) tej zgodności w zakresie sytuacji rynkowej odpowiadający wymogom, o których mowa wyżej, zawarty w art. 67 ust. 11 ustawy Pzp. W opinii Odwołującego 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 12 ustawy 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. 12 ustawy Pzp. W przypadku, gdy okaże się, że zainteresowanie przedmiotowym zamówieniem wyrażą inne podmioty, udzielenie takiego zamówienia w trybie z wolnej ręki nie będzie możliwe, nie zostaną bowiem w tym przypadku spełnione wymogi zachowania zgodności z TFUE. Wskazuje, że konieczne będzie wówczas skorzystanie z innych trybów przewidzianych w ustawie Pzp, przede wszystkim zaś z trybów podstawowych przewidzianych w art. 10 ust. 1 ustawy Pzp.

Zdaniem Odwołującego zawarcie umowy w trybie zamówienia z wolnej ręki bez wątpienia stanowi w tym przypadku naruszenie uczciwej konkurencji. Przejawia się to nie tylko brakiem wykazania korzyści publicznych związanych ze świadczeniem usługi (niższe opłaty, lepsza jakość), ale wprost podjęciem działań polegających na oferowaniu pracy pracownikom Odwołującego, czynieniem inwestycji ze środków publicznych na infrastrukturę itp. Takie działania wprost wskazują, że zawarcie umowy z Wykonawcą zmierza nie do poprawy jakości świadczeń, lecz zawłaszczenia rynku odbioru odpadów, bez uprzedniej analizy korzyści z tym związanych. Poza lakonicznymi stwierdzeniami o polepszeniu sytuacji (głównie Wykonawcy) Informacja nie zawiera żadnej analizy relacji pomiędzy zachwianiem konkurencji, a korzyściami związanymi z powierzeniem zadania Wykonawcy. Odwołujący wskazał, że sprzeczne z ustawą Pzp, w tym art. 7 ust. 1 i art. 10 ust. 1 i 2 tej ustawy, jak również z przepisami Dyrektywy, w tym jej art. 18 oraz art. 26 ust. 1, a także z zasadami swobody

przedsiębiorczości i swobody świadczenia usług wyrażonymi w art. 49 i art. 56 TFUE, jest działanie Zamawiającego, który 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.

Zamawiający w dniu 30 września 2019 r. złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości oraz zasądzenie od Odwołującego kosztów postępowania. Zamawiający wniósł także o dopuszczenie dowodów załączonych do odpowiedzi na odwołanie wymienionych w treści pisma na wskazane tam okoliczności.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego sposobu obliczenia przychodu w ujęciu historycznym, Zamawiający wskazał, iż ZGWK powstał w wyniku przekształcenia komunalnego zakładu budżetowego na mocy uchwały nr 316/99 Rady Miejskiej Tomaszowa Mazowieckiego z dnia 29 grudnia 1999 r., na podstawie której Wykonawca miał kontynuować działalność zakładu budżetowego polegającą na świadczeniu usług komunalnych w zakresie gospodarki wodnokanalizacyjnej i ściekowej na terenie miasta Tomaszowa Mazowieckiego (§ 1 ust. 3 uchwały). Zamawiający wyjaśnił, iż ZGWK jest jednoosobową komunalną spółką z ograniczoną odpowiedzialnością, w której wszystkie udziały przysługują Zamawiającemu i stan ten nie uległ zmianie od dnia utworzenia spółki. Od początku jej istnienia, podstawowym przedmiotem działalności spółki było dostarczanie wody i odbiór ścieków z terenu Gminy

Miasta Tomaszowa Mazowieckiego, bez jakichkolwiek ograniczeń podmiotowych, a więc od wszystkich odbiorców usług niezależnie od ich statusu prawnego (jako dowód Zamawiający wskazał na ww. uchwałę nr 316/99, aktualny odpis KRS Wykonawcy, uchwałę nr 10/2019 Zarządu ZGWK z 8 kwietnia 2019 r. w sprawie przyjęcia tekstu jednolitego umowy spółki).

Odnosząc się do danych dotyczących przychodu Wykonawcy z zadań powierzonych mu przez Zamawiającego za trzy lata poprzedzające udzielenie zamówienia, Zamawiający wskazał, iż rachunki zysków i strat Wykonawcy wskazują, że przychody Wykonawcy ze sprzedaży w latach 2016 - 2018 wynosiły odpowiednio: w 2016 r. - 32 077,65 tys. zł, w 2017 r. - 34 493,40 tys. zł, natomiast w 2018 r. - 36 038,86 tys. zł. Powyższe dane zawarte są w sprawozdaniach finansowych Wykonawcy za lata 2016 - 2018, których prawidłowość była corocznie weryfikowana w ramach badania prowadzonego przez biegłego rewidenta ((jako dowód Zamawiający wskazał na sprawozdania finansowe Wykonawcy za lata 2016 -2018, opinie biegłego rewidenta obejmujące badanie sprawozdań finansowych ZGWK za lata 2016 -2018, opinię COMPER F. i Wspólnicy sp. j. z dnia 14 sierpnia 2019 r.). Następnie Zamawiający przedstawił zestawienie tabelaryczne, oparte na ww. opinii, obrazujące jak powyższe przychody kształtowały się w rozbiciu na przychody ze sprzedaży w ramach zadań powierzonych przez Zamawiającego oraz przychody z działalności zleconej przez inne podmioty w latach 2016-2018. Z zestawienia tego wynikał następujący udział przychodów ze sprzedaży w ramach zadań powierzonych przez Zamawiającego w sumie przychodów ze sprzedaży: rok 2016: 99,67%, rok 2017: 99,80%, rok 2018: 99,71%, średnia dla lat 2016-2018: 99,73%. Dalej Zamawiający przedstawił w tabeli, jakie przychody rejestrowane na analitycznych kontach księgowych należy zaliczyć do przychodów ze sprzedaży w ramach zadań powierzonych oraz w kolejnej tabeli wskazał jak kształtują się wartości w zł dla tych przychodów. Zamawiający wskazał także, iż do przychodów z tytułu usług, dostaw i robót budowlanych w ramach zadań powierzonych nie zaliczono przychodów z tytułu usług wodno-kanalizacyjnych oraz usług laboratoryjnych, obejmujących przychody z tytułu komercyjnych usług świadczonych przez Wykonawcę.

W ocenie Zamawiającego powyższe wyliczenia, oparte o zapisy na kontach księgowych Wykonawcy, prowadzą do jednoznacznego wniosku, że w okresie 3 lat poprzedzających udzielenie kwestionowanego przez Odwołującego zamówienia, Wykonawca wykonywał ponad 90% działalności w ramach zadań powierzonych mu przez Zamawiającego. Procentowy udział przychodów z tytułu realizacji tych zadań znacząco przekracza próg ustawowy i średnio w latach 2016 - 2018 wynosi 99,73%. Jako dowód Zamawiający wskazał na sprawozdania zarządu ZGWK z działalności spółki, porozumienie międzygminne z dnia 10 lutego 2015 r., uchwałę Rady Miejskiej Tomaszowa Mazowieckiego nr LIX/516/2018 z 22 lutego 2018 r., opinię COMPER F. i Wspólnicy sp. j. z dnia 14 sierpnia 2019 r.

Dalej Zamawiający wskazał, iż nie zgadza się z twierdzeniem Odwołującego, jakoby przychody uzyskane od odbiorców innych niż gospodarstwa domowe nie mogły zostać uznane za przychody z zadań powierzonych Wykonawcy przez Zamawiającego. Zgodnie z art. 6 ust. 1 ustawy z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym (Dz. U. z 2019 r. poz. 506, dalej jako „u.s.g.") „do zakresu działania gminy należą wszystkie sprawy publiczne o znaczeniu lokalnym, niezastrzeżone ustawami na rzecz innych podmiotów". W art. 7 ust. 1 u.s.g. zawarty został otwarty katalog obejmujący sprawy należące do zadań własnych gminy. Katalog ten obejmuje m.in. sprawy wodociągów i zaopatrzenia w wodę, kanalizacji, usuwania

i oczyszczania ścieków komunalnych (art. 7 ust. 1 pkt 3 u.s.g.). Zakres zadania własnego gminy obejmującego zaopatrzenie w wodę i odbiór ścieków został doprecyzowany w ustawie z dnia 7 czerwca 2001 r. o zbiorowym zaopatrzeniu w wodę i zbiorowym odprowadzaniu ścieków (Dz. U. z 2019 r., poz. 1437, dalej jako „u.z.w.z.o.ś.”). Stosownie do art. 3 ust. 1 u.z.w.z.o.ś. „zbiorowe zaopatrzenie w wodę i zbiorowe odprowadzanie ścieków jest zadaniem własnym gminy”. Zamawiający zauważył, iż aby odnieść się do zarzutu postawionego przez Odwołującego należy odpowiedzieć na pytanie, czy w zakresie zadań własnych Zamawiającego, jako gminy leży wyłącznie zapewnienie dostaw wody i odprowadzanie ścieków w odniesieniu do gospodarstw domowych i tylko taki zakres usługi mógł zostać powierzony Wykonawcy przez Zamawiającego, czy też zakres tego zadania gminy jest szerszy i obejmuje obowiązek zapewnienia dostaw wody i odbioru ścieków w odniesieniu do wszystkich odbiorców z obszaru gminy.

Zamawiający wyjaśnił, iż przepisy u.z.w.z.o.ś. nie dają żadnych podstaw do różnicowania - z punktu widzenia gminy - sytuacji gospodarstw domowych i innych odbiorców, w tym przedsiębiorców. Zarówno zbiorowe zaopatrzenie w wodę, jak i zbiorowe odprowadzanie ścieków są pojęciami posiadającymi definicję legalną w ustawie. Pojęcia te oznaczają odpowiednio prowadzoną przez przedsiębiorcę wodociągowo-kanalizacyjnego działalność polegającą na ujmowaniu, uzdatnianiu i dostarczaniu wody oraz na odprowadzaniu i oczyszczaniu ścieków. Dostawy wody jak i odbiór ścieków realizowane są w oparciu o stosowną umowę zawartą pomiędzy przedsiębiorstwem wodociągowo-kanalizacyjnym a odbiorcą usług, którą przedsiębiorstwo jest zobowiązane zawrzeć z każda osoba, której nieruchomość została przyłączona do sieci i która wystąpiła z pisemnym wnioskiem o zawarcie umowy (art. 6 ust. 1 i 2 u.z.w.z.o.ś.). Stosownie do definicji zawartej w art. 2 pkt 3 u.z.w.z.o.ś. odbiorcą usług jest natomiast każdy kto korzysta z usług wodociągowo-kanalizacyjnych z zakresu zbiorowego zaopatrzenia w wodę i zbiorowego odprowadzania ścieków na podstawie pisemnej umowy z przedsiębiorstwem wodociągowo-kanalizacyjnym. Obowiązkiem gminy jest zatem stworzenie i utrzymanie warunków, w tym odpowiedniej infrastruktury wodno-kanalizacyjnej, pozwalającej na dostarczanie wody i odbiór ścieków od wszystkich potencjalnych odbiorców usługi na terenie danej gminy. Ustawa nie zawęża obowiązku gminy do zapewnienia dostaw wody wyłącznie do gospodarstw domowych, ani odprowadzania ścieków wyłącznie bytowych.

Zamawiający wskazał, iż gdyby wolą ustawodawcy było ograniczenie zakresu ww. zadania własnego gminy, dokonałby tego expressis verbis, odwołując się do pojęć zdefiniowanych w ustawie, np. poprzez wskazanie w art. 3 u.z.w.z.o.ś., że w zakresie zadań własnych, gmina zobowiązana jest wyłącznie do zapewnienia dostaw wody na cele bytowe oraz odbioru wyłącznie ścieków bytowych. Tymczasem ustawa nie zawiera takich ograniczeń. Wręcz przeciwnie, z ustawy wynika wprost, że jej celem jest określenie zasad i warunków dostaw wody przeznaczonej do spożycia przez ludzi, przy czym oznacza to także wodę wykorzystywaną w związku z prowadzoną działalnością gospodarczą (por. art. 2 pkt 18 lit. b u.z.w.z.o.ś.), a także odbioru ścieków. W zakresie pojęcia „ścieki” mieszczą się natomiast zarówno ścieki bytowe, komunalne, jak i przemysłowe (art. 2 pkt 8 u.z.w.z.o.ś.). Okoliczność zapewnienia dostaw wody i odprowadzania ścieków przedsiębiorcom nie stoi na przeszkodzie klasyfikacji takiej działalności jako usługi w ogólnym interesie gospodarczym także w rozumieniu prawa europejskiego, w tym art. 106 ust. 2 TFUE. Zarówno doktryna prawa, jak i orzecznictwo europejskie bez zastrzeżeń uznają dostawy wody i odprowadzanie ścieków za działalność, która może odpowiadać pojęciu usługi w ogólnym interesie gospodarczym, nie różnicując pomiędzy świadczeniem jej na rzecz gospodarstw domowych i na rzecz podmiotów prowadzących działalność gospodarczą.

W związku z powyższym, zdaniem Zamawiającego, zadaniem powierzonym Wykonawcy jest usługa publiczna w kształcie zdefiniowanym w ustawie o zbiorowym zaopatrzeniu w wodę i zbiorowym odprowadzaniu ścieków, a więc obejmująca nie tylko dostarczanie wody i odbiór ścieków w odniesieniu do gospodarstw domowych, ale także w odniesieniu do wszystkich podmiotów których nieruchomości, zlokalizowane w obszarze właściwości gminy, zostały przyłączone do sieci i które wystąpiły z pisemnym wnioskiem o zawarcie umowy. Zauważył, iż w doktrynie prawa zamówień publicznych funkcjonuje jednolity pogląd, że pod pojęciem „zadań powierzonych” w rozumieniu art. 67 ust. 1 pkt 12 lit. c ustawy Pzp należy rozumieć wszystkie zadania zlecone przez zamawiającego danemu wykonawcy, niezależnie od formy, w jakiej zostały zlecone. Nie budzi też żadnych wątpliwości Zamawiającego to, że „zadaniem powierzonym” jest także zadanie zlecone w drodze aktu utworzenia komunalnej osoby prawnej tj. w trybie przewidzianym ustawą o gospodarce komunalnej . Tym samym przychód Wykonawcy z wykonywania zadań publicznych w zakresie dostawy wody i odbioru ścieków na terenie Gminy Miasta Tomaszowa Mazowieckiego, jako z zadań mu powierzonych przez Zamawiającego, może zostać uwzględniony przy określeniu parytetu działalności realizowanej przez Wykonawcę na rzecz Zamawiającego w rozumieniu art. 67 ust. 1 pkt 12 lit. b ustawy Pzp.

Odnosząc się do stanowiska Odwołującego, że przychody z zadań powierzonych niemal

w całości pochodzą z opłat uiszczanych przez mieszkańców gminy i inne podmioty, a nie przez Zamawiającego, Zamawiający podniósł, iż z punktu widzenia dopuszczalności uwzględnienia

określonych przychodów z zadań powierzonych Wykonawcy przez Zamawiającego, bez

znaczenia pozostaje, kto jest faktycznym płatnikiem wynagrodzenia za świadczoną usługę

publiczną. Cechą usług o charakterze użyteczności publicznej jest rozdzielenie roli odbiorców

usługi, którymi są wszyscy członkowie wspólnoty samorządowej od roli organizatora usługi, którym jest dana jednostka samorządu terytorialnego. W wypadku szeregu usług publicznych odbiorcy usługi pokrywają część kosztów świadczenia usługi przez operatora w formie odpłatności, której wysokość ustalana jest zazwyczaj nie przez wykonawcę usługi publicznej, a przez organizatora. Sytuacja taka występuje np. w wypadku publicznego transportu zbiorowego (bilety komunikacji zbiorowej), udostępniania mieszkańcom obiektów sportowo-rekreacyjnych (odpłatność za korzystanie z infrastruktury), czy też właśnie w odniesieniu do usług dostawy wody i odbioru ścieków, gdzie odbiorcy usługi ponoszą opłaty określone taryfą.

Zamawiający wskazał, iż w orzecznictwie, jak i w doktrynie prawa utrwalił się pogląd, że przychód uwzględniany przy ocenie spełniania przez wykonawcę przychodowego (gospodarczego) kryterium „podmiotu wewnętrznego" może pochodzić zarówno od

zamawiającego (organizatora usługi publicznej), jak i od odbiorców (beneficjentów) tej usługi. Stanowisko to zostało wypracowane jeszcze w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, zanim kryteria podmiotu wewnętrznego zarysowane w wyroku Teckal zostały skodyfikowane w ramach Dyrektywy (w tym zakresie Zamawiający powołał się na wyrok z dnia 11 maja 2006 r., C-340/04). W związku z powyższym fakt, że przychód z tytułu usługi dostawy wody i odbioru ścieków świadczonej przez Wykonawcę na terenie Gminy Miasta Tomaszów Mazowiecki w ramach zadań powierzonych przez Zamawiającego, w znacznej części pochodzą z opłat taryfowych uiszczanych przez odbiorców tej usługi na terenie gminy (zarówno gospodarstw domowych, jak i odbiorców instytucjonalnych, jako podmiotów uczestniczących w systemie zbiorowej dostawy wody i odbioru ścieków), nie podważa prawidłowości uwzględnienia tego przychodu przy ocenie spełniania przez Wykonawcę warunku określonego w art. 67 ust. 1 pkt 1 lit b ustawy Pzp.

Odnosząc się do kwestii nieadekwatności danych historycznych, Zamawiający zauważył, że zakwalifikowanie działań Wykonawcy, jako reorganizacji jego przedsiębiorstwa ma drugorzędne znaczenie dla sposobu wyliczania parytetu przychodów świadczących o spełnianiu kryterium określonego w art. 67 ust. 1 pkt 12 lit. b ustawy Pzp. Powołując się na treść art. 67 ust. 8 ustawy Pzp wskazał, iż zasadą przy określaniu parytetu działalności realizowanej w ramach zadań powierzonych przez Zamawiającego jest oparcie się na danych historycznych tj. na średnim przychodzie osiągniętym przez Wykonawcę w odniesieniu do usług, dostaw lub robót budowlanych zrealizowanych w ramach zadań powierzonych przez Zamawiającego, za 3 lata poprzedzające udzielenie zamówienia. Dopiero, gdy ww. dane te są niedostępne lub nieadekwatne, możliwe jest odwołanie się do danych opartych na wiarygodnej prognozie handlowej. Innymi słowy ewentualna potrzeba odwołania się do prognozy handlowej nie wynika automatycznie z faktu przeprowadzenia reorganizacji przedsiębiorstwa wykonawcy, ale może być wymuszona tym, że reorganizacja doprowadziła do stanu w którym dane historyczne są nieprzydatne do oceny spełniania kryterium określonego w art. 67 ust. 1 pkt 12 lit. b ustawy Pzp przy wyborze trybu zamówienia publicznego z wolnej ręki.

Na marginesie Zamawiający zaznaczył, że w aktualnym stanie prawnym, biorąc pod uwagę wyłącznie przepisy ustawy Pzp, co do zasady nie przewiduje ona obowiązku utrzymania statusu „podmiotu wewnętrznego” po zawarciu umowy w trybie przewidzianym w art. 67 ust. 1 pkt 12-14. Niezależnie od oceny takiego rozwiązania wprowadzonego przez Ustawodawcę, należy przyjąć że warunki określone w art. 67 ust. 1 pkt 12 lit a i b ustawy Pzp, stanowią wyłącznie przesłanki zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki, podlegające ocenie na dzień podjęcia decyzji o zastosowaniu tego trybu przez zamawiającego (ewentualnie na dzień zawarcia umowy). Tym samym, w aktualnym stanie prawnym, ocena spełnienia przesłanek udzielania zamówienia in-house na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 12 nie może być dokonywana w kontekście hipotetycznych zdarzeń gospodarczych już po zawarciu umowy. Zamawiający dodał, iż w realiach kwestionowanego przez Odwołującego wyboru trybu zamówienia publicznego powyższa okoliczność ma znaczenie marginalne bowiem powierzenie Wykonawcy obowiązku realizacji nowego zadania publicznego równolegle z zadaniem realizowanym dotychczas nie spowoduje, że dotychczasowe dane dotyczące przychodu będą nieadekwatne dla oceny spełnienia przesłanki wskazanej w art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp. Nie istnieją bowiem żadne plany zakończenia, bądź ograniczenia przez Wykonawcę świadczenia dotychczas realizowanego zadania w zakresie dostarczania wody i odbioru ścieków z terenu Gminy Miasta Tomaszów Mazowiecki.

Zamawiający dodał, że powierzenie Wykonawcy obowiązku świadczenia nowej usługi nie spowoduje wywołania efektu wskazanego przez Odwołującego, tj. znaczącej zmiany parytetu przychodów osiąganych przez Wykonawcę z zadań powierzonych mu przez Zamawiającego. Nawet po rozpoczęciu realizacji wykonywania nowopowierzonych zadań, ich realizacja stanowić będzie stosukowo niewielką część działalności Wykonawcy (poniżej 15% przychodów Wykonawcy). Wykonawca zakłada, że ewentualna dodatkowa działalność ograniczająca się do odbioru odpadów od jednostek innych niż Zamawiający, a także podległe i powiązane z nim jednostki będzie stanowić poniżej 2% przychodów związanych z odbiorem odpadów tj. mniej niż 0,3% przychodów ze sprzedaży Spółki ogółem. Wobec tego w ocenie

Zamawiającego Wykonawca w okresie powierzenia będzie nadal spełniał kryterium przychodowe podmiotu wewnętrznego. Zamawiający podkreślił, że powyższe dane dotyczące przyszłych przychodów oparte są na prognozie tych przychodów na cały okres obowiązywania umowy pomiędzy Zamawiającym a Wykonawcą. Taka prognoza, wbrew twierdzeniom Odwołującego, została bowiem sporządzona - w celu wyliczenia prognozowanej rekompensaty w poszczególnych latach kalendarzowych okresu powierzenia oraz maksymalnej rekompensaty w całym okresie powierzenia - i jest zawarta w planie gospodarczym Wykonawcy stanowiącym załącznik nr 7 do projektu umowy wykonawczej (znajdującego się w aktach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego).Konieczność sporządzenia takiej prognozy wynika z uwarunkowań Decyzji UOIG i określonych w tej decyzji zasad finansowania zlecanego Wykonawcy zadania publicznego, które stanowi usługę w ogólnym interesie gospodarczym (jako dowód Zamawiający wskazał na plan gospodarczy Wykonawcy).

Podsumowując Zamawiający wskazał, iż w okresie wykonywania zadań, które mają zostać powierzone Wykonawcy z pewnością zostanie utrzymany parytet przychodów Wykonawcy pozwalający na uznanie że jest on „podmiotem wewnętrznym" Zamawiającego, w rozumieniu art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp. Ewentualna działalność dodatkowa Wykonawcy będzie świadczona w wymiarze marginalnym. Co więcej, pomimo braku wyraźnego wymogu ustawowego w tym zakresie, projekt umowy o świadczenie usług przez Wykonawcę z zakresu odbioru odpadów komunalnych z terenu Gminy Miasta Tomaszów Mazowiecki wprost nakłada na Strony obowiązek utrzymania dla Wykonawcy, w całym okresie powierzenia, przesłanek pozwalających za uznanie go za „podmiot wewnętrzny" Zamawiającego (§ 10 ust. 1 lit. a projektu umowy).

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego naruszenia zasad konkurencji, Zamawiający podniósł, iż w obowiązującym stanie prawnym brak jest jakiegokolwiek wymogu, aby zamawiający, udzielający zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, zobowiązany był do wykazania spełnienia jakichkolwiek dodatkowych warunków, poza trzema podmiotowymi warunkami wymienionymi w ww. przepisie ustawy. Nie może budzić wątpliwości okoliczność, że zastosowanie konstrukcji tzw. zamówienia in-house powoduje ograniczenie konkurencji na rynku. Konieczność wypracowania przesłanek dopuszczalności udzielania takich zamówień, początkowo w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości, następnie w Dyrektywie i ostatecznie w ustawie Pzp, wyniknęła właśnie z tego powodu. Istotą zamówienia in-house jest bowiem podjęcie przez organizatora usługi publicznej decyzji o zamknięciu rynku i realizacji danej usługi własnymi zasobami. Jest to dopuszczalne w wyjątkowych okolicznościach, w tym sensie, że zamówienie takie może być udzielone tylko wówczas, gdy organizator usługi dysponuje stosowną „służbą," taką jak - w realiach polskich

- spółka komunalna spełniająca określone kryteria podmiotowe określone w art. 67 ust. 1 pkt

12 ustawy Pzp (i odpowiednio art. 12 ust. 1 Dyrektywy).

Zamawiający wskazał, iż zarówno ustawa Pzp (a art. 67 ust. pkt 12-14) jak i Dyrektywa (w art. 12 ust. 1-3) wyczerpująco określają warunki jakie muszą być spełnione przez zamawiającego i wykonawcę, aby mogło zostać udzielone zamówienie in-house (powołał się na uzasadnienie wyroku KIO z 7 lutego 2017 r. w sprawie o sygn. akt KIO 96/17). Ww. przepisy nie nakładają na Zamawiającego ani Wykonawcę obowiązku wykazania w jakiejkolwiek formie, że udzielając zamówienia na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp nie zostały naruszone zasady konkurencji. Jedyny wymóg dotyczy obowiązku wykazania spełnienia trzech warunków określonych literalnie w tym przepisie. Nie jest zatem uprawnione twierdzenie Odwołującego, że Zamawiający zobowiązany był poprzedzić decyzję o udzieleniu zamówienia z wolnej ręki „analizą rynku uprawniającą do stwierdzenia, iż realizacja konkretnych zadań własnych Zamawiającego nie jest w inny sposób (przy zachowaniu konkurencji) możliwa", która to analiza - zdaniem Odwołującego - winna być poprzedzona konsultacjami rynkowymi. Brak jest bowiem podstaw do żądania od Zamawiającego przedłożenia takiej analizy.

Dalej Zamawiający wskazał, iż w literaturze przedmiotu także prezentowany jest pogląd, że „skorzystanie przez gminę, działającą w charakterze organizatora rynku, z możliwości

zastosowania przepisów o zamówieniach in-house dla powierzania kontrolowanemu przez nią podmiotowi świadczenia usług o charakterze użyteczności publicznej co do zasady nie może być kwestionowane przez Prezesa UOKiK, gdyż jest to ograniczenie konkurencji prawnie zalegalizowane. Gdy jednak gmina powierza uznaniowo realizację określonych zadań kontrolowanemu podmiotowi bezpodstawnie powołując się na kryteria tzw. zamówień in-house chociaż podmiot kontrolowany nie spełnia uzasadniających to kryteriów ustawowych i prowadzi to do eliminacji wcześniej istniejącej konkurencji na lokalnym rynku, należy uznać kompetencje Prezesa UOKiK do badania tego rodzaju spraw w aspekcie naruszenie art. 9 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, wskutek dyskryminowania przez gminę - organizatora rynku, usług użyteczności publicznej podmiotów gospodarczych niekontrolowanych przez nią." Innymi słowy, bezprawne naruszenie konkurencji w kontekście udzielanego zamówienia in-house może nastąpić wyłącznie wówczas, gdy do udzielenia zamówienia dochodzi pomimo niespełnienia przez zamawiającego i wykonawcę warunków określonych w art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp.

Podobnie, w ocenie Zamawiającego, nie znajduje podstaw sugestia Odwołującego, jakoby udzielenie zamówienia w trybie art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp nie było możliwie, jeżeli w wyniku publikacji ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy (art. 67 ust. 11 ustawy Pzp) okaże się że na rynku funkcjonują podmioty konkurencyjne zainteresowane przedmiotowym zamówieniem. Ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy opublikowane w Biuletynie Informacji

Publicznej Zamawiającego w dniu 9 września 2019 r. zawiera wszystkie informacje wymagane art. 67 ust. 11 ustawy Pzp, co wyczerpuje obowiązek ustawowy po stronie Zamawiającego. W kontekście celu publikacji takiego ogłoszenia Zamawiający ponownie powołał się na wyrok o sygn. akt KIO 96/17. Zamawiający zauważył także, iż gdyby ustawodawca zakładał że zamówienie in-house może zostać udzielone wyłącznie wtedy, gdy wykonawca działa jako monopolista tj. na rynku właściwym nie występuje konkurencja, nowelizowanie ustawy Pzp o przepisy art. 67 ust. 1 pkt 12-14, nie znajdowałoby racjonalnego uzasadnienia. Wówczas bowiem podstawą do udzielenia zamówienia jedynemu możliwemu wykonawcy mógłby być przepis art. 67 ust. 1 pkt 1 lub pkt 4 ustawy Pzp.

Zamawiający nie zgodził się także z Odwołującym, że decydując o wyborze trybu

zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp naruszył art. 7 ust. 1 i art. 10 ust. 1 i 2 ustawy Pzp oraz przepisy art. 18 i 26 ust. 1 Dyrektywy. Art. 7 ust. 1 ustawy Pzp wprowadza generalną zasadę postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego, która nakłada na zamawiającego obowiązek równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji oraz proporcjonalności i przejrzystości. W odniesieniu do zamówienia in-house zasada ta realizowana jest poprzez ścisłe określenie przesłanek udzielenia zamówienia w tym trybie, który jest wyjątkiem od zasady wyrażonej w art. 10 ust. 1 ustawy Pzp. Dodatkowym ograniczeniem wzmacniającym zasadę proporcjonalności i przejrzystości jest nałożenie na wykonawcę obowiązku samodzielnej realizacji kluczowej części zamówienia. W stanie faktycznym niniejszej sprawy, w dacie sporządzania odpowiedzi na odwołanie, Wykonawca posiada pełną zdolność operacyjną do samodzielnej realizacji zamówienia, a Zamawiający posiada zawarte wszystkie umowy niezbędne do zapewnienia właściwego zagospodarowania odebranych odpadów komunalnych.

Za nieuzasadnione Zamawiający uznał też twierdzenie Odwołującego, jakoby działanie Zamawiającego stanowiło nadużycie pozycji dominującej w rozumieniu art. 102 TFUE oraz naruszenie art. 106 ,czy to w związku z art. 102 TFUE, czy art. 107 TFUE dotyczącego pomocy publicznej. Wskazał, iż po pierwsze, co najmniej wątpliwe jest, by zarzucane Zamawiającemu

naruszenie, było w stanie wywrzeć wpływ na handel pomiędzy państwami członkowskimi UE, co stanowi przesłankę zastosowania art. 102 TFUE. Działalność w zakresie odbioru odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych na terenie Gminy Miasto Tomaszów Mazowiecki odbywa się na rynku właściwym o wymiarze lokalnym ograniczonym terytorium tejże gminy. Zakres działalności Zamawiającego jako organizatora usług, jak i zakres działalności Wykonawcy w realizacji zamówienia, nie mogą wykraczać poza tak ustalony obszar. Zamawiający w tym zakresie powołał się na treść zawiadomienia Komisji „Wytyczne w sprawie pojęcia wpływu na handel zawartego w art. [101] i [1021 Traktatu".

Dalej wskazał, iż brak możliwości zastosowania art. 102 TFUE względem zarzucanego

Zamawiającemu naruszenia wynika także z przyjętej przez twórców Traktatu koncepcji podmiotowego zakresu normy wyrażonej w tym przepisie. Jej adresatem jest bowiem wyłącznie przedsiębiorstwo w rozumieniu europejskich reguł konkurencji. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem TSUE, pojęcie to odnosi się do każdej jednostki zaangażowanej w działalność gospodarczą, bez względu na jej status prawny i sposób finansowania. Z kolei jako działalność gospodarcza rozumiana jest każda działalność polegająca na oferowaniu towarów i usług na danym rynku. Organizowanie usług użyteczności publicznej nie stanowi oferowania

towarów i usług na rynku, a związane jest z realizacją obowiązków typowych dla władzy publicznej. W związku z tym, co znajduje potwierdzenie w utrwalonym orzecznictwie, organizator usług publicznych (usług w ogólnym interesie gospodarczym), w przeciwieństwie do ich operatora, nie mieści się w zakresie pojęcia przedsiębiorstwa w rozumieniu europejskich reguł konkurencji. Tym samym nie jest on objęty zakresem art. 102 TFUE, czy to gdy ów stosowany jest samoistnie, czy w związku z art. 106 TFUE.

Zamawiający wskazał ponadto, iż kwestionowane przez Odwołującego czynności, które podjął Zamawiający w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, stanowią przejaw realizacji jego zadań jako organizatora usług publicznych, a nie działalności gospodarczej. Zatem art. 102 TFUE nie znajduje względem nich zastosowania. Oczywistym zdaniem Zamawiającego jest także, że fakt wprowadzenia do Dyrektywy, konstrukcji zamówienia in-house należy odczytywać jako zaakceptowanie przez prawodawcę stanu, w którym przy spełnieniu warunków określonych w art. 12 Dyrektywy, dochodzi do ograniczenia konkurencji niestanowiącego nadużycia pozycji dominującej przez organizatora usług publicznych. W przeciwnym wypadku, należałoby wyciągnąć wniosek, którego nie da się zaakceptować w świetle koncepcji racjonalnego ustawodawcy, że skorzystanie z instytucji przewidzianej wprost w Dyrektywie, automatycznie skutkuje naruszeniem reguł konkurencji UE. Jeżeli natomiast chodzi o kwestie zgodności powierzenia Wykonawcy świadczenia usług z zakresu odbioru odpadów komunalnych z przepisami regulującymi zasady pomocy publicznej, zagadnienie to regulowane jest poza sferą prawa zamówień publicznych. Legalność udzielanej Wykonawcy, w ramach powierzenia, pomocy publicznej zapewniona jest przez dostosowanie warunków umowy, która ma zostać zawarta pomiędzy Zamawiającym a Wykonawcą, do reguł tzw. „wyłączenia blokowego" określonego w Decyzji UOiG, w tym także w zakresie obowiązku prowadzenia rozdzielnej księgowości eliminującej ryzyko finansowania skrośnego działalności dodatkowej, jak i mechanizmu audytowania oraz zwrotu nadmiernej rekompensaty.

Tym samym, w ocenie Zamawiającego, zarzut Odwołującego, jakoby Zamawiający nie wykazał, że udzielenie zamówienia w trybie z wolnej ręki w oparciu o art. 67 ust. ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp nie narusza zasad konkurencji wynikających z art. 49, art. 56, art. 102, art. 106

TFUE nie zasługuje na uwzględnienie. Z tych samych przyczyn niezasadny jest zarzut, iż czynność Zamawiającego polegająca na wyborze trybu zamówienia z wolnej ręki narusza art. 7 ust. 1 i art. 10 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, przepisy Dyrektywy, w tym wynikające z niej przepisy art. 18 i art. 26 ust. 1.

W odniesieniu do zarzutu niesprawowania nad Wykonawcą kontroli odpowiadającej kontroli sprawowanej nad jego własnymi jednostkami, Zamawiający wskazał, iż wprowadzając przesłankę określoną w art. 67 ust. 1 pkt 12 lit. a ustawy Pzp ustawodawca nie doprecyzował, co należy rozumieć pod pojęciem „dominującego wpływu na cele strategiczne oraz istotne decyzje" wykonawcy. W orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości wskazywano wprawdzie niekiedy, że o dominującym wpływie na cele strategiczne i istotne decyzje danej osoby prawnej świadczy podległość „o intensywniejszym charakterze niż wynikająca z wykonywania uprawnień wspólnika czy akcjonariusza". Zamawiający zauważył, że na gruncie polskiego porządku prawnego pogląd ten wymaga jednak szerszej analizy. Wynika to z faktu, że w spółce prawa handlowego bezpośrednia ingerencja wspólnika w sprawy zarządcze jest niemożliwa, a próby radykalnego ograniczenia kompetencji zarządu poczytane byłyby za podważenie istoty (natury) kapitałowej spółki prawa handlowego. Wykonawca jest wszak jednoosobową spółką z ograniczoną odpowiedzialnością, w której całość udziałów skupiona jest w rękach jednego właściciela - Gminy Miasta Tomaszów Mazowiecki.

Powyższa okoliczność, zdaniem Zamawiającego, powoduje, że do zasad funkcjonowania spółki wykonawcy mają zastosowanie nie tylko przepisy ustawy z dnia 15 września 200 r. Kodeks spółek handlowych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 505 ze zm., dalej jako „k.s.h."), ale też działa ona w reżimie określonym przepisami ustawy z dnia 20 grudnia 1996 r. o gospodarce komunalnej (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 712, dalej jako „u.g.k."). Już tylko ta okoliczność powoduje, że wpływ Zamawiającego na Wykonawcę wykracza poza zwykłe uprawnienia udziałowca (Zamawiający w tym zakresie powołał się na wyrok KIO z 7 lutego 2017 r. w sprawie o sygn. akt KIO 158/17). Na tej podstawie, w ocenie Zamawiającego, należy przyjąć, że dominujący wpływ na cele strategiczne i istotne decyzje Wykonawcy polega na zdolności Zamawiającego do skutecznego wpływania na długofalową koncepcję funkcjonowania Wykonawcy. W zakresie tym mieści się m.in. określanie celu funkcjonowania przedsiębiorstwa, przedmiotu jego działalności, a także generalnych zasad wykonywania tej działalności. O powyższej zdolności Zamawiającego w odniesieniu do Wykonawcy świadczy kompetencja Zamawiającego do wpływania na brzmienie aktu założycielskiego, w tym modyfikacja zakresu prowadzonej przezeń działalności, a potwierdza ją chociażby fakt podjęcia uchwały nr 2/2019 zgromadzenia wspólników spółki Wykonawcy z dnia 5 kwietnia 2019 r. w przedmiocie rozszerzenia zakresu działalności Wykonawcy o świadczenie usług w zakresie gospodarki odpadami komunalnymi (jako dowód Zamawiający wskazał na protokół

nadzwyczajnego zgromadzenia wspólników ZGWK z dnia 5 kwietnia 2019 r. oraz uchwałę nr VIII/71/2019 z dnia 21 marca 2019 r. Rady Miejskiej w Tomaszowie Mazowieckim).

Dalej Zamawiający podniósł, iż także kompetencje Wykonawcy w odniesieniu do kształtowaniu zasad świadczenia usług, będących jego głównym przedmiotem działalności, zostały w istotnej części przekazane na rzecz Zamawiającego. Wynika to także ze specyfiki funkcjonowania spółek komunalnych oraz specyfiki usług publicznych. Zamawiający określa bowiem szczegółowe zasady świadczenia usług z zakresu dostarczania wody i odbioru ścieków, jak i odbioru odpadów komunalnych aktami prawa miejscowego. W odniesieniu do usług które mają zostać powierzone Wykonawcy aktami tymi aktualnie są: uchwała nr XXXV/309/2013 Rady Miejskiej Tomaszowa Mazowieckiego z dnia 26 lutego 2013 r. w sprawie Regulaminu utrzymania czystości i porządku na terenie Gminy - Miasto Tomaszów Mazowiecki oraz uchwała nr IV/34/2019 Rady Miejskiej Tomaszowa Mazowieckiego z dnia 17 stycznia 2019 r. w sprawie Regulaminu dostarczania wody i odprowadzania ścieków.

Odnosząc się do relacji ściśle korporacyjnych Zamawiający podkreślił, że posiada wyłączną kompetencję do obsadzania składu rady nadzorczej Wykonawcy, a zatem pośrednio także składu zarządu, a tym samym posiada bezpośredni wpływ na decyzje właścicielskie i pośredni wpływ na wszelkie sprawy dotyczące zarządzania spółką Wykonawcy. Ponadto, pomimo istnienia w spółce Wykonawcy rady nadzorczej indywidualne prawo kontroli przysługujące Zamawiającemu, jako wspólnikowi nie zostało wyłączone na podstawie art. 213 § 3 k.s.h. Okoliczność tą należy jednoznacznie odczytywać jako świadczącą o wzmocnionej kontroli Zamawiającego nad Wykonawcą (dowód: uchwała nr 10/2019 Zarządu ZGWK z dnia 8 kwietnia 2019 r. w sprawie przyjęcia tekstu jednolitego Umowy Spółki). Powyższe rozważania, w ocenie Zamawiającego, jednoznacznie wskazują zatem, że szczególny reżim prawny, w którym funkcjonuje Wykonawca, jako jednoosobowa spółka komunalna, przesądza że o tym że Zamawiający sprawuje nad nim kontrolę, odpowiadającą kontroli sprawowanej nad własnymi jednostkami, polegającą na dominującym wpływie na cele strategiczne oraz istotne decyzje dotyczące zarządzania sprawami Wykonawcy.

Podsumowując Zamawiający wskazał, iż żaden z zarzutów sformułowanych przez Odwołującego nie zasługuje na uwzględnienie. Zamawiający podejmując decyzję o udzieleniu Wykonawcy w trybie zamówienia z wolnej ręki, na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp nie uchybił żadnemu z przepisów, których naruszenie zarzucane jest w odwołaniu. Wykonawca spełnia natomiast wszystkie trzy kryteria określone w art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, pozwalające na udzielenie mu zamówienia z wolnej ręki.

W dniu 2 października 2019 r. pismo procesowe złożył także Przystępujący, wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

Wskazał w szczególności, iż jest spółką z ograniczoną odpowiedzialnością, w której wszystkie udziały objęła Gmina Miasto Tomaszów Mazowiecki. Tym samym funkcję zgromadzenia wspólników w spółce pełni - stosownie do art. 12 ust. 4 u.g.k. i art. 156 k.s.h.

Prezydent Miasta Tomaszów Mazowiecki. Tym samym to ten organ wykonawczy ex lege umocowany jest - rzecz jasna przy uwzględnieniu prawem określnych kompetencji gminnego organu stanowiącego i kontrolnego (art. 4 ust. 1 pkt 1 u.g.k oraz art. 18 ust. 2 pkt. 9 lit. f u.s.g.) - do sprawowania szeroko pojętego nadzoru właścicielskiego nad takimi gminnymi jednostkami, przejawiającego się zarówno w możliwości sprawowania kontroli nad działalnością danej spółki, jak i w powoływaniu osób bieżąco zarządzających spółką i ją nadzorujących oraz wytyczeniu im zadań i konkretnych celów do realizacji i osiągnięcia. Podkreślił, iż w jego ocenie · relacje pomiędzy Spółką a Miastem wypełniają kryterium, o którym mowa w art. 67 ust. 1 pkt 12 lit. a ustawy Pzp. Miasto jako jedyny posiadacz udziałów w Spółce sprawuje nad nią pełną, „analogiczną kontrolę". W tym zakresie Przystępujący powołał się na wyrok WSA we Wrocławiu z dnia 11 stycznia 2005 r. sygn. akt 3/II SA/Wr 2377/03.

Przystępujący podniósł, iż za chybioną i bezpodstawną uznać należy ocenę Odwołującego, w świetle której Zamawiający nie wykazał istnienia dominującego wpływu na cele strategiczne oraz dominującego wpływu na istotne decyzje dotyczące zarządzania

sprawami Spółki. Status właścicielski spółki oraz wynikające tak z brzmienia przepisów u.s.g., u.g.k., k.s.h., jak i kompatybilnych z nimi zapisów umowy spółki (§ 17), uprawnienia Zamawiającego, stanowią wystarczający dowód sprawowania „analogicznej kontroli." Dla potwierdzenia tej tezy Przystępujący przypomniał, że przepisy ustawy z dnia 9 czerwca 2016 r. o zasadach kształtowania wynagrodzeń osób kierujących niektórymi spółkami (dalej: „ustawa kominowa") obligują podmiot uprawniony do wykonywania praw udziałowych (w tym przypadku będzie to Prezydent Miasta) do ustalenia zasad wynagradzania członków organu zarządzającego. Z art. 4 ust. 5 i 6 ustawy kominowej wynika, że część zmienna wynagrodzenia członka organu zarządzającego, stanowiąca wynagrodzenie uzupełniające za rok obrotowy

spółki, uzależniona jest od poziomu realizacji celów zarządczych. Wagi celów zarządczych, a także obiektywne i mierzalne kryteria ich realizacji i rozliczania są ustalane dla poszczególnych lub wszystkich członków organu zarządzającego.

Dalej wskazał, iż w przypadku spółek realizujących misję publiczną albo spółek realizujących zadania publiczne (tj. takich jak Wykonawca) przy określeniu celów zarządczych, ich wagi oraz kryteriów ich realizacji i rozliczania uwzględnia się także stopień realizacji misji

publicznej albo stopień realizacji zadań publicznych, w okresie stanowiącym podstawę ustalenia wynagrodzenia uzupełniającego. Co ważne, prawodawca expressis verbis przesądza, że cele zarządcze mogą stanowić w szczególności: 1) wzrost zysku netto albo zysku przed pomniejszeniem o odsetki, podatki i amortyzację albo dodatnia zmiana tempa wzrostu jednego z tych wyników; 2) osiągnięcie albo zmiana wielkości produkcji albo sprzedaży; 3) wartość przychodów, w szczególności ze sprzedaży, z działalności operacyjnej, z pozostałej działalności operacyjnej lub finansowej; 4) zmniejszenie strat, obniżenie kosztów zarządu lub kosztów prowadzonej działalności; 5) realizacja strategii lub planu restrukturyzacji; 6) osiągnięcie albo zmiana określonych wskaźników, w szczególności rentowności, płynności finansowej, efektywności zarządzania lub wypłacalności; 7) realizacja inwestycji, z uwzględnieniem w szczególności skali, stopy zwrotu, innowacyjności, terminowości realizacji; 8) zmiana pozycji rynkowej spółki, liczonej jako udział w rynku lub według innych kryteriów lub relacji z kontrahentami oznaczonymi jako kluczowi według określonych kryteriów; 9) realizacja prowadzonej polityki kadrowej i wzrost zaangażowania pracowników. Analiza przywołanego wyżej ustawowego katalogu celów zarządczych uprawnia do postawienia tezy, w świetle które mają one strategiczną, kluczową wręcz wagę dla bieżącego funkcjonowania określonej spółki, w tym spółki komunalnej.

W konsekwencji skoro względem osób zarządzających Spółką cele zarządcze o analogicznym charakterze nakłada - rzecz jasna wypełniając ustawowe zobowiązanie - Zgromadzenie Wspólników czyli Prezydent Miasta, to w ocenie Przystępującego uznać ten stan należy za dowód istnienia dominującego wpływu, ergo wypełnienia jednej z prawem określnych przesłanek warunkujących skorzystanie z trybu zamówienia z wolnej ręki.

Przystępujący dalej zauważył, że Spółka została powołana w celu realizacji zadań własnych Miasta polegających m. in. na świadczeniu usług komunalnych w zakresie gospodarki wodno-kanalizacyjnej oraz ściekowej na terenie Miasta, ergo stanowi instrument, za pomocą którego Miasto zaspokaja zbiorowe potrzeby wspólnoty wskazane w art. 7 ust. 1 pkt 3 u.s.g. oraz realizuje zadania własne wskazane w art. 3 ust. 1 u.z.w.z.o.ś. Spółka jako przedsiębiorstwo wodociągowo-kanalizacyjne zobligowana jest na mocy art. 2 pkt 4 u.z.w.z.o.ś. do prowadzenia działalności gospodarczej w zakresie zbiorowego zaopatrzenia w wodę i zbiorowego odprowadzania ścieków. Przystępujący wskazał dalej na definicje ww. pojęć wskazane w art. 2 pkt 20 i 21 u.z.w.z.o.ś. Dodał, iż katalog ścieków, do odprowadzania których ex lege powołane jest każde przedsiębiorstwo wodociągowo-kanalizacyjne, a więc także i Przystępujący, jest wieloelementowy i obejmuje tak ścieki komunalne, jak i ścieki bytowe i przemysłowe. Co więcej, Spółka z racji swego statusu jako przedsiębiorstwa, o którym mowa w art. 2 pkt 4 u.z.w.z.o.ś. ma obowiązek świadczyć usługi wodociągowo-kanalizacyjne z zakresu zbiorowego zaopatrzenia w wodę i zbiorowego odprowadzania ścieków każdemu podmiotowi, który zwrócił się do niej na podstawie art. 6 ust. 2 u.z.w.z.o.ś. - z wnioskiem o zawarcie stosownej umowy. Innymi słowy, odbiorcą usług Spółki (za pomocą której Miasto realizuje nałożone na jego barki konkretne zadanie własne) jest w myśl art. 2 pkt 3 u.z.w.z.o.ś - każdy, kto korzysta z usług wodociągowo-kanalizacyjnych z zakresu zbiorowego zaopatrzenia w wodę i zbiorowego odprowadzania ścieków na podstawie pisemnej umowy ze Spółką. Dla prawodawcy nie ma znaczenia status prawny odbiorcy, to czy jest przedsiębiorcą, podmiotem prowadzącym działalność rolniczą czy osobą fizyczną. Inaczej rzecz ujmując, prawodawca nie dzieli odbiorców usług przedsiębiorstwa wod-kan. na odbiorców „komercyjnych" i „niekomercyjnych". Ponadto, prawem określone zasady świadczenia usług w ramach zbiorowego zaopatrzenie w wodę i zbiorowego odprowadzanie ścieków ex lege zakładają odpłatność ze strony odbiorców przedmiotowych usług na rzecz przedsiębiorstwa wodociągowo-kanalizacyjnego.

Następnie Przystępujący zauważył, że Odwołujący przedstawiając ogólne wywody na temat metodyki liczenia 90% przychodów nie wskazał jakichkolwiek konkretnych dowodów kwestionujących przygotowane przez Zamawiającego wyliczenie średniego przychodu, o którym mowa w art. 67 ust. 8 ustawy Pzp. Jak wiadomo prawodawca przewiduje możliwość udzielenia tzw. zamówienia in-house kontrolowanej osobie prawnej jedynie wówczas, gdy ponad 90% jej działalności dotyczy wykonywania zadań powierzonych jej przez zamawiającego sprawującego kontrolę. W odniesieniu do tej przesłanki wskazuje się, iż warunek wykonywania istotnej części działalności osoby prawnej na rzecz zamawiającego należy uznać za spełniony, gdy działalność osoby prawnej prowadzona jest w głównej mierze na rzecz podmiotu publicznego, a wszelka pozostała działalność ma wyłącznie marginalne znaczenie. Podkreślił, że pojęcie zadań powierzonych nie zostało na gruncie Pzp

zdefiniowane. Definicji takiej nie wskazano również w Dyrektywie klasycznej. Wydaje się jednak, że dla interpretacji tego pojęcia w odniesieniu do zadań, które mogą być powierzane przez gminę jako zamawiającego, należy sięgnąć do wykładni systemowej, uwzględniając zadania określone w przepisach u.s.g. oraz zasady powierzania przez jednostki samorządu terytorialnego wykonywania zadań własnych wskazane w przepisach u.g.k.

Wobec powyższego, zdaniem Przystępującego, stosownie do art. 6 ust. 1 u.s.g., do zakresu działania gminy należą wszystkie sprawy publiczne o znaczeniu lokalnym, niezastrzeżone ustawami na rzecz innych podmiotów. Działalność gminy dotyczy przy tym przede wszystkim wykonywanych przez nią zadań własnych. Zgodnie z art. 7 ust. 1 u.s.g., do zadań własnych gminy należy zaspokajanie zbiorowych potrzeb wspólnoty. Przepis ten formułuje otwarty katalog zadań, które gmina ma obowiązek wykonywać. Niemniej do zadań gminy, obok zadań własnych, należą także zadania jej zlecone, przez które rozumie się z kolei zadania nałożone na gminę w drodze aktów prawnych lub porozumień, których zakres wykracza poza jej zadania własne. W świetle art. 9 ust. 1 u.s.g., w celu wykonywania zadań gmina może tworzyć jednostki organizacyjne, a także zawierać umowy z innymi podmiotami, w tym z organizacjami pozarządowymi. Przepis ten dotyczy wszelkich zadań gminy. Natomiast w odniesieniu do zadań własnych gminy w przepisach u.g.k. wskazano formuły ich realizacji przez gminę - pierwszą stanowi wykonywanie zadań własnych w formie własnej jednostki organizacyjnej (np. zakładu budżetowego jako wewnętrznej jednostki organizacyjnej jednostki samorządu terytorialnego), drugą - wykonywanie ich w formie komunalnej spółki prawa handlowego, trzecią zaś - umowne powierzenie wykonywania określonych zadań osobom fizycznym, osobom prawnym lub jednostkom organizacyjnym nieposiadającym osobowości prawnej w oparciu o odpowiednie przepisy. Wybór formy prawnej wykonywania konkretnych zadań własnych pozostawiony został co do zasady suwerennej decyzji danej jednostki samorządu terytorialnego.

Wobec powyższego Przystępujący zauważył, iż w przypadku gminy może dojść do powierzenia spółce komunalnej zadań własnych lub zleconych zarówno w trybie administracyjnym, jak i w trybie umownym. Stąd działalność spółki komunalnej w zakresie powierzonych jej zadań, niezależnie od charakteru tych zadań oraz wyboru formy ich powierzenia, podlega ocenie przy weryfikacji spełniania omawianej przesłanki udzielenia zamówienia in-house. W tym zakresie Przystępujący powołał się na opinię Urzędu Zamówień Publicznych z 2017 roku i przedstawioną tam interpretację pojęcia „zadanie powierzone" Dalej Przystępujący podniósł, iż w praktyce wątpliwości budzi nie tylko ustalenie zakresu pojęcia „zadań powierzonych", ale i metodyka obliczenia progu 90 % działalności. Zważając na art. 67 ust. 8 ustawy Pzp, wskazał, iż warunek odnoszący się do wielkości działalności kontrolowanej osoby prawnej powinien być oceniany przede wszystkim z punktu widzenia ilościowego. Bazując na treści przepisów Przystępujący wskazał, iż do wiarygodnych prognoz lege artis sięgnąć można wyłącznie w wyjątkowych okolicznościach.

Dalej wskazał, iż dla oceny spełnienia omawianej przesłanki należy porównać wysokość przychodów uzyskiwanych przez osobę prawną z całej jej działalności z wysokością przychodów uzyskiwanych z tej działalności, którą osoba prawna wykonuje w ramach zadań powierzonych jej przez zamawiającego. Jeżeli stosunek działalności wykonywanej na rzecz zamawiającego do całej działalności danej osoby prawnej będzie wynosił co najmniej 90%, warunek, o którym mowa w art. 67 ust. 1 pkt 12 lit. b Pzp, należy uznać za spełniony. Zauważył, iż w doktrynie podnosi się, iż przyjęcie innej metody niż arytmetyczna mogłoby okazać się problematyczne. Polski ustawodawca zdecydował o przyjęciu metody ilościowej jako podstawowego sposobu, który wydaje się najbardziej mierzalny i wiarygodny. Przystępujący wyjaśnił, iż przychód jest pojęciem księgowym, znanym zarówno obowiązującym przepisom o rachunkowości, jak i prawu podatkowemu. Zasadniczo w nauce rachunkowości wyróżnia się przychody ze sprzedaży, przychody finansowe oraz przychody operacyjne. W tym zakresie Przystępujący odwołał się do art. 3 ust. 1 pkt 30 i pkt 32 ustawy o rachunkowości, wskazując, iż przychody wchodzące w skład kategorii „pozostałych przychodów operacyjnych" nie powinny być brane pod uwagę przy obliczaniu kryterium, o którym mowa w art. 67 ust. 1 pkt 12 lit. b ustawy Pzp. Ustawodawca jasno wskazuje bowiem, iż średni przychód osiągnięty przez osobę prawną odnosić się musi do usług, dostaw lub robót budowlanych, w związku z czym wydaje się, iż przedmiotem analizy w przypadku ustalania wielkości działalności powinny być przychody związane bezpośrednio z wykonaniem usług, dostaw lub robót budowlanych, wchodzących w zakres wykonywanej przez daną osobę prawną działalności.

W odniesieniu do powyższego kryterium Przystępujący zwrócił uwagę na wyrażane w doktrynie restrykcyjne stanowisko co do obliczania wielkości działalności: „niezmiernie istotne będzie ustalenie, że dane zadania świadczone na rzecz zamawiającego, z punktu widzenia spełnienia przesłanki 90% udziału w działalności, mają homogeniczny charakter. Należy bowiem za zasadną przyjąć tezę, iż procent ten powinien dotyczyć określonego spersonalizowanego rodzaju działalności wykonywanej na rzecz zamawiającego, a nie w ogólności wszelkich aspektów działalności spółki, nawet jeśli mają one charakter użyteczności publicznej. Inaczej rzecz ujmując, wyliczenie 90% udziału w działalności musi

odnosić się do usługi, jaką zamierza w trybie in house zlecić spółce zamawiający. Przykładowo, jeśli spółka świadczy na rzecz zamawiającego, który sprawuje nad nią kontrolę, usługi w zakresie utrzymania zieleni, to dla udzielenia zamówienia konieczne będzie zachowanie 90% aktywności spółki w tym zakresie. Takie rozumienie tego zagadnienia znajduje uzasadnienie w zachowaniu zasady konkurencyjności, jako kluczowej przesłanki udzielania zamówień publicznych. Ponadto, przemawia za tym brzmienie art. 67 ust. 8 ustawy Pzp, w której to nomie prawnej wyraźnie wskazano, iż do obliczania 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. Tym samym prawodawca każe weryfikować odniesienie do każdego rodzaju usług, czy dostaw, a nie w ogólności do całego spectrum działalności danej osoby prawnej."

Zdaniem Przystępującego powyższe stanowisko wydaje się nietrafne, nie znajduje ono bowiem oparcia w literalnym brzmieniu art. 67 ust. 1 pkt 12 lit. b oraz art. 67 ust. 8 ustawy Pzp, ani w wykładni celowościowej, a nadto nie uwzględnia istniejącej specyfiki rynkowej. Stanowisko to bezzasadnie wyklucza w praktyce stosowanie zamówień in-house w odniesieniu do spółek komunalnych wykonujących kilka różnych zadań powierzonych, nawet jeśli nie prowadziłyby żadnej innej działalności. Ustalenie wielkości działalności kontrolowanej osoby prawnej powinno następować zasadniczo w oparciu o jej globalne przychody osiągane z wykonywanej przez nią działalności statutowej (tzw. przychodów ze sprzedaży) na rzecz zamawiającego w ramach powierzanych zadań. Dla oceny tego, czy osoba prawna osiąga wymagany próg 90% trzeba bowiem brać pod uwagę te kategorie przychodów, które są związane ze sprzedażą usług, dostaw i robót budowlanych (stanowiących działalność statutową podmiotu) i porównać je z wartością tych z nich, które wykonywane są na rzecz zamawiającego (lub podmiotów od niego zależnych). Otrzymanie wyniku co najmniej 90% stanowi o możliwości (przy spełnieniu pozostałych przesłanek zamówienia in-house) zawarcia umowy w trybie z wolnej ręki.

Przystępujący zaznaczył, iż nie sposób kategorycznie wskazać kategorii przychodów w rozumieniu przepisów o rachunkowości, które należy brać pod uwagę przy tej ocenie. W praktyce źródła przychodów powinny podlegać ocenie co do możliwości ich powiązania z określonymi usługami, dostawami i robotami budowlanymi. Ocena taka zależeć będzie bowiem w każdym przypadku od przedmiotu zamówienia, które miałoby zostać udzielone w trybie zamówienia z wolnej ręki, a także przedmiotu działalności danej osoby prawnej. Rzecz jasna inaczej natomiast przebiega ocena realizacji przesłanki „90 % działalności" w przypadku podmiotów, które nie są w stanie dostarczyć danych dotyczących średniego przychodu z ostatnich trzech lat działalności. Spółki Przystępującego tego typu sytuacja nie dotyczy, stąd oczekiwanie Odwołującego, aby przygotować „wiarygodną prognozę handlową" uznać należy za nieuzasadnione.

Analogicznie za całkowicie nieuzasadnione, zdaniem Przystępującego, należy uznać oczekiwanie Odwołującego, aby procedurę zlecania spółce przez Miasto zadania polegającego na odbiorze odpadów komunalnych z terenu nieruchomości zamieszkałych ocenić przez pryzmat przepisów dotyczących ochrony konkurencji. Przystępujący podkreślił, że prawodawca tak unijny, jak i rodzimy, dość precyzyjnie i klarownie określił katalog przesłanek warunkujących udzielenie zamówienia z wolnej ręki. Brak jest tam wymogu wykazania przez Zamawiającego „braku zakłócenia konkurencji". W efekcie oczekiwanie Odwołującego, w świetle którego Miasto przed udzieleniem Przystępującemu zamówienia winno dokonać właściwej analizy uznać należy za bezpodstawne.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestnika postępowania, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego oraz oświadczeń i stanowisk Stron i Uczestnika postępowania, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba na posiedzeniu w dniu 2 października 2019 r. stwierdziła skuteczność przystąpienia zgłoszonego do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przez wykonawcę Zakład Gospodarki Wodno - Kanalizacyjnej w Tomaszowie Mazowieckim Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Tomaszowie Mazowieckim wobec spełnienia wymogów określonych w art. 185 ust. 2 ustawy Pzp i dopuściła go do udziału w postępowaniu odwoławczym w charakterze Uczestnika postępowania.

Następnie Izba dokonała oceny czy Odwołujący był legitymowany, zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, do wniesienia odwołania. Zgodnie z ww. przepisem środki ochrony prawnej określone w ustawie Pzp przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Należy zauważyć, iż w przypadku odwołania wnoszonego na czynność zamiaru zawarcia umowy w trybie zamówienia z wolnej ręki interes w uzyskaniu danego zamówienia wyraża się w tym, że gdyby zamawiający nie zdecydował się na ten tryb i wszczął postępowanie w trybie konkurencyjnym, to wykonawca mógłby (hipotetycznie) wziąć udział w tym postępowaniu (por. m.in. wyrok KIO dnia 29 kwietnia 2019 r., sygn. akt KIO 394/19). Z taką sytuacją mamy do czynienia w niniejszej sprawie. Odwołujący jako jeden z wykonawców świadczących usługi z zakresu odbioru, transportu i zagospodarowania odpadów, zbieżnych z zakresem przedmiotem zamówienia i dotychczas realizujący tego rodzaju usługi na rzecz Zamawiającego, w przypadku zastosowania konkurencyjnego trybu miałby szansę na jego uzyskanie. Naruszenie przez Zamawiającego przepisów wskazanych w odwołaniu mogłoby prowadzić zatem do utraty przez Odwołującego szansy uzyskania zamówienia i osiągnięcia zysku, jakie przyniosłoby mu wynagrodzenie z jego realizacji. W tym stanie rzeczy Izba uznała, iż materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp zostały przez Odwołującego wypełnione.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy Izba uwzględniła dokumentację postępowania przekazaną przez Zamawiającego, w szczególności informację z dnia 9 września 2019 r. o zamiarze zawarcia umowy, ogłoszenie o dobrowolnej przejrzystości ex ante, protokół z dnia 10 września 2019 r. z przeprowadzonych negocjacji wraz z załącznikami, protokół z postępowania, opinię COMPER F. i Wspólnicy Sp. j. z dnia 14 sierpnia 2019 r. dotyczącą spełnienia przez spółkę ZGWK definicji podmiotu wewnętrznego w kontekście uregulowań prawa zamówień publicznych i pomocy publicznej, raport z audytu zgodności infrastruktury finansowo-księgowej stosowanej przez ZGWK i przyjętych zasad księgowania z zasadami wynikającymi z regulacji pomocy publicznej z dnia 13 sierpnia 2019 r., opis planu gospodarczego ZGWK na okres powierzenia.

Izba wzięła pod uwagę także stanowiska Stron i Uczestnika postępowania przedstawione w złożonych pismach oraz ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy z dnia 2 października 2019 roku, jak również wnioskowane przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie dowody (częściowo znajdujące się już w aktach postępowania o udzielenie zamówienia) w postaci:

1) uchwały nr 316/99 Rady Miejskiej Tomaszowa Mazowieckiego z dnia 29 grudnia 1999 r.,

2) aktualnego odpisu KRS ZGWK;

3) uchwały nr 10/2019 Zarządu Zakładu Gospodarki Wodno-Kanalizacyjnej w Tomaszowie Mazowieckim Sp. z o.o. z dnia 8 kwietnia 2019 r. w sprawie przyjęcia tekstu jednolitego Umowy Spółki,

4) protokołu nadzwyczajnego zgromadzenia wspólników Zakładu Gospodarki Wodno-Kanalizacyjnej w Tomaszowie Mazowieckim Sp. z o.o. z dnia 5 kwietnia 2019 r.,

5) uchwały nr VIII/71/2019 z dnia 21 marca 2019 r. Rady Miejskiej w Tomaszowie Mazowieckim,

6) sprawozdań finansowych ZGWK za lata 2016-2018,

7) opinii biegłego rewidenta obejmujących badania sprawozdań finansowych ZGWK za lata 2016-2018,

8) sprawozdania zarządu Wykonawcy z działalności spółki za lata 2016 - 2018,

9) porozumienia międzygminnego z dnia 18 grudnia 2015 r. (opublikowanego 10 lutego 2016 r.) w sprawie wspólnego wykonywania przez Gminę Tomaszów Mazowiecki oraz Gminę Miasto Tomaszów Mazowiecki zadań w zakresie zbiorowego zaopatrywania w wodę i zbiorowego odprowadzania ścieków,

10) uchwały nr LIX/516/2018 Rady Miejskiej Tomaszowa Mazowieckiego z dnia 22 lutego 2018 r. w sprawie wieloletniego planu rozwoju i modernizacji gminnych urządzeń wodociągowych i kanalizacyjnych,

11) zestawienia stanów i obrotów ZGWK za lata 2016 - 2018,

12) opinii przygotowanej przez COMPER F. i Wspólnicy sp. j. z dnia 14 sierpnia 2019 roku,

13) projektu umowy wykonawczej wraz z załącznikami, w tym planem gospodarczym Wykonawcy na okres powierzenia stanowiącym załącznik nr 7 projektu umowy wykonawczej.

Izba ustaliła, co następuje:

W dniu 9 września 2019 r. Zamawiający opublikował na swojej stronie internetowej

Informację o zamiarze zawarcia umowy w trybie zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp w postępowaniu pn. „Odbiór odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych na terenie Gminy Miasto Tomaszów Mazowiecki."

Wskazał, iż przedmiotem zamówienia jest realizacja przez Wykonawcę usług:

a) odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy, na terenie Gminy,

b) transportu odpadów odebranych z terenu Gminy do miejsc zagospodarowania wskazanych przez Gminę,

c) zbierania i transportu odpadów pochodzących z PSZOKu prowadzonego przez Gminę Miasto Tomaszów Mazowiecki do miejsc zagospodarowania wskazanych przez Gminę,

d) edukacji ekologicznej mieszkańców poprzez kształtowanie postaw proekologicznych.

Dalej Zamawiający przedstawił w formie tabeli dane ilościowe dotyczące zakresu świadczonej usługi, w tym prognozowane dane co do masy (Mg) odpadów poszczególnego rodzaju w okresie świadczenia usług oraz ich łączną liczbę wynoszącą 82 912,53 Mg w całym okresie obowiązywania umowy (2019 r. - 4 885,88 Mg, 2020 r. - 20 758,41 Mg, 2021 r. - 20 542,12 Mg, 2022 r. - 20 413,30 Mg, 2023 r. - 16 312,82 Mg). Podał także następujące dane dodatkowe:

a) powierzchnia Gminy - Miasto Tomaszów Mazowiecki: 41,30 km^2

b) liczba mieszkańców, którzy będą objęci usługą odbierania i zagospodarowania odpadów komunalnych według stanu na dzień 16 sierpnia 2019 r.: 52 870 osób,

c) liczba nieruchomości na terenie Gminy - Miasto Tomaszów Mazowiecki według stanu na dzień 16 sierpnia 2019 r. - ok. 7284 szt.,

d) liczba nieruchomości w zabudowie jednorodzinnej według stanu na dzień 16 sierpnia 2019 r.: ok. 6 616 szt. (minimum 6 500 szt., maksimum 6 900 szt.),

e) liczba nieruchomości w zabudowie wielorodzinnej według stanu na dzień 16 sierpnia 2019 r.: ok. 668 szt. (minimum 600 szt., maksimum 7000 szt.),

f) liczba nieruchomości, na których znajdują się domki letniskowe lub inne nieruchomości wykorzystywane na cele rekreacyjno - wypoczynkowe według stanu na dzień 16 sierpnia 2019 r.: 15 szt. (minimum 10 szt., maksimum 30 szt.),

g) przewidywana liczba nieruchomości o utrudnionym dojeździe: 600 szt.

Jako Wykonawcę, któremu Zamawiający zamierza udzielić zamówienia, wskazano

Zakład Gospodarki Wodno - Kanalizacyjnej w Tomaszowie Mazowieckim Sp. z o.o. z siedzibą w Tomaszowie Mazowieckim. Zamawiający wskazał także, że kapitał zakładowy został w całości objęty przez Miasto.

W części Informacji dotyczącej podstawy prawnej i uzasadnienia wyboru trybu udzielenia zamówienia z wolnej ręki Zamawiający wskazał na art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp oraz art. 12 Dyrektywy klasycznej.

Tytułem wstępu Zamawiający wskazał, że zmiana ustawy Pzp (wprowadzona ustawą z dnia 22 czerwca 2016 r.) miała na celu dostosowanie przepisów krajowych do nowej

Dyrektywy 2014/24/UE. Jednym z celów uchwalenia Dyrektywy było doprecyzowanie przesłanek umożliwiających podmiotom z sektora publicznego udzielanie zamówień z wyłączeniem przepisów dotyczących zamówień publicznych. Potrzeba taka podyktowana była tym, że praktyka współpracy publiczno - publicznej wykształciła instytucję in-house, która nie została uregulowana w żadnych przepisach, a podstawą jej funkcjonowania stało się orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej akceptujące możliwość udzielania zamówień z wyłączeniem reżimu zamówień publicznych, a zapoczątkowane przez precedensowe orzeczenie Teckal (orzeczenie z dnia 19 listopada 1999 r. w sprawie C-107/98). W przywołanym wyroku Trybunał orzekł, że umowa odpłatna w przedmiocie objętym regulacją dyrektyw dotyczących koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych, zawierana pomiędzy organem lokalnym a osobą (jednostką) z prawnego punktu widzenia inną niż organ lokalny, podlega regulacji tychże dyrektyw, niezależnie od tego, czy osoba ta sama jest instytucją zamawiającą. Jednak w przypadku, kiedy organ lokalny ma w stosunku do danej osoby uprawnienia podobne do uprawnień przysługujących mu wobec jego własnych wydziałów, oraz jednocześnie, osoba ta wykonuje istotną część działalności organu, wraz ze sprawującym nad nią taką kontrolę organem lub organami nie ma wymogu przeprowadzania postępowania przetargowego. Dodał, iż podobnie stwierdził Trybunał Sprawiedliwości w wyroku z dnia 6 kwietnia 2006r. sygn. C-410/04, wskazując wyraźnie, że Artykuły 43 WE, 49 WE i 86 WE oraz zasady równości traktowania, niedyskryminacji ze względu na przynależność państwową i przejrzystości nie stoją na przeszkodzie w bezpośrednim udzieleniu zamówienia przez organ publiczny na świadczenie usług publicznych spółce, w której organ ten posiada całość kapitału, pod warunkiem że organ sprawuje nad tą spółką kontrolę analogiczną do tej, jaką sprawuje nad własnymi służbami, a spółka ta prowadzi swoją podstawową działalność wspólnie z organem, który posiada w niej udziały. Do orzecznictwa unijnego odwołują się też wyroki krajowych sądów administracyjnych - NSA z dnia 11 sierpnia 2005 r. w sprawie o sygn. II GSK 105/05 oraz Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie z 14 grudnia 2005 r., sygn. akt: III SA/Wa 2815/05.

Zamawiający wskazał, iż taka forma wyboru trybu udzielenia zamówienia in-house będzie miała na celu przede wszystkim zapewnienie mieszkańcom miasta Tomaszowa Mazowieckiego wysokiej jakości usług oraz świadczenia ich po niższych cenach. Mając na względzie przepisy ustawy z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym w szczególności art. 7 ust. 1 pkt 3 gdzie wskazano, że do zadań własnych gminy należy m in. zaspokajanie zbiorowych potrzeb wspólnoty a w szczególności obejmujące sprawy utrzymania czystości i porządku oraz urządzeń sanitarnych, wysypisk i unieszkodliwiania odpadów komunalnych, zasadnym i koniecznym zarazem działaniem jest wypracowanie rozwiązań sprzyjających wspólnocie oraz zgodnych z obowiązującymi przepisami prawa. Zamawiający zwrócił uwagę, że wraz z wejściem w życie ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy - Prawo

zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. 2016, poz. 1020) zostało przesądzone (art. 7 w związku z art. 22 tej ustawy), iż z dniem 1 stycznia 2017 r, weszła w życie zmiana przepisu art. 6d ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, zgodnie z którą także w świetle prawa krajowego gminy mogą realizować w trybie in-house m.in. obowiązek organizowania odbioru i zagospodarowania odpadów od właścicieli nieruchomości zamieszkałych. Podobnie wskazuje KIO w uchwale z dnia 7 listopada.2016, sygn. KIO/KD 68/16. Biorąc pod uwagę powyższe, zdaniem Zamawiającego, nie ma żadnych przeszkód prawnych, aby udzielić zamówienia na podstawie przywołanych na wstępie przepisów.

Jednakowoż, w ocenie Zamawiającego, nie można pominąć faktu, że tryby konkurencyjne w systemie zamówień publicznych, co oczywiste, stanowią fundamentalną zasadę przy udzielaniu zamówień publicznych, co wyraża treść art. 10 ust. 1 i 2 ustawy Pzp. Zastosowanie trybów niekonkurencyjnych wymaga zawsze wskazania szczegółowej podstawy prawnej, a przypadki, w których jest to możliwe określa się przy respektowaniu zasady, zgodnie z którą wyjątki nie mogą być interpretowane w sposób rozszerzający. W pierwszej kolejności zamawiający powinien rozważyć, czy możliwe jest w okolicznościach konkretnego przypadku zastosowanie trybu konkurencyjnego. Zgodnie bowiem z wypracowanym orzecznictwem 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.

Zamawiający dodał, że stanowisko o niejako subsydiarnym, uzupełniającym charakterze procedury zamówienia z wolnej ręki znajduje również wsparcie w literaturze przedmiotu, gdzie stwierdza się: „jeśli zatem jednostka samorządu terytorialnego zdecyduje, na podstawie przeprowadzonej oceny zasadności, iż powierzenie określonych zadań (odbiór odpadów komunalnych) powinno nastąpić na podstawie ustawy Pzp, to kolejnym etapem powinno być wskazanie dopuszczalnego prawem i zasadnego trybu wyboru wykonawcy, na podstawie przepisów tej ustawy". Przy czym fakt, iż np. literalnie dopuszczalne będzie zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki w formule in-house nie musi oznaczać, iż JST taki tryb powinna automatycznie zastosować. Jednostka samorządu 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.

Dalej Zamawiający podniósł, iż podmiot realizujący zamówienie in-house jest wybierany z pominięciem procedur konkurencyjnych. Wynagrodzenie przekazywane tak wybranemu podmiotowi, jednocześnie związane ze świadczeniem UOIG (Usługi w ogólnym interesie gospodarczym), będzie stanowić prawdopodobnie pomoc publiczną. Należy zatem określić, czy wynagrodzenie, które otrzymuje za świadczenie usług publicznych będzie spełniać tzw. test Altmark. Uwzględniając dorobek praktyczny w stosowaniu tego testu Zamawiający wskazał, że spełnienie wszystkich przesłanek wskazanym w tym teście jest praktycznie niemożliwe, z wyłączeniem sytuacji w której wybór wykonawcy danych usług jest przeprowadzany w drodze procedury konkursowej. Z tego względu należy uznać, że w przypadku zamówienia bezpośredniego spełnione będą wszystkie przesłanki wskazane w art. 107 ust. 1 TFUE, czyli środki przekazywane podmiotowi realizującymi Usługi, na pokrycie kosztów świadczenia powierzonych Usług (wraz z ewentualnym rozsądnym zyskiem), będą stanowić pomoc publiczną.

W związku z tym, aby przedmiotowa pomoc publiczna była zgodna z wewnętrznym rynkiem (brak konieczności notyfikacji przed Komisją), konieczne jest zapewnienie zgodności z Decyzją UOIG. Decyzja UOIG jest elementem Pakietu UOIG, czyli unijnych regulacji, które mają zastosowanie wprost w każdym z państw członkowskich. Decyzja UOIG reguluje zasady pokrywania kosztów wykonywania zadań powierzonych w trybie bezpośrednim (zamówienie in-house) i środki spełniające warunki wskazane w tej decyzji stanowią pomoc publiczną zgodną z wewnętrznym rynkiem i tym samym ich przyznanie nie wymaga notyfikacji. Zamawiający wskazał, iż zgodnie z Decyzją UOIG, powierzenie obowiązku świadczenia określonych usług wymaga zastosowania się do poniższych zasad:

a) przedmiotem Powierzenia oraz źródłem jego legalnego finansowania mogą być wyłącznie działania, które można określić jako: usługi publiczne wykonywane w ogólnym interesie gospodarczym (tj. UOIG);

b) rekompensata przyznawana za świadczenie UOIG stanowi pomoc publiczną zgodną z rynkiem wewnętrznym, która nie podlega obowiązkowi zgłoszenia do Komisji (notyfikacji), tj. rekompensata może być wypłacana po spełnieniu warunków wskazanych

w Decyzji UOIG;

c) Miasto zapewnia spełnienie wszystkich wymogów określonych w Decyzji UOIG, w tym dotyczących istnienia aktu powierzenia zawierającego wymagane elementy.

Dalej Zamawiający wskazał, iż ze względu na przepisy pomocy publicznej, regulujące zasady finansowania powierzanych usług, powierzenie może dotyczyć wyłącznie takich usług, które mogą zostać zakwalifikowane jako UOIG. Są to usługi, których żadne przedsiębiorstwo, ze względu na swój interes gospodarczy, w ogóle nie zdecydowałoby się świadczyć lub nie zdecydowałoby się świadczyć na tych samych warunkach lub w tym samym zakresie bez interwencji publicznej, w jakim usługa ta jest świadczona przez podmiot, któremu została zlecona przy zachowaniu interwencji publicznej. Zasadniczo przyjmuje się, że w polskim systemie prawnym, jako UOIG można zakwalifikować w szczególności usługi polegające na wykonywaniu części zadań własnych jednostek samorządu terytorialnego. Zadania własne jednostek samorządu terytorialnego wynikają z aktów prawa powszechnie obowiązującego, w tym dla Miasta przede wszystkim z u.s.g. Zgodnie z tą ustawą, zadania własne gminy obejmują zaspokajanie zbiorowych potrzeb wspólnoty samorządowej. W ocenie Zamawiającego można więc stwierdzić, że te zadania własne Miasta, które mają charakter i wymiar działalności gospodarczej, będą - co do zasady - określane jako UOIG. Konieczne jest więc zweryfikowanie czy usługi w zakresie gospodarki odpadami, które mają stanowić przedmiot powierzenia, będą spełniać przesłanki UOIG.

Zgodnie z powyższym, jak wskazał Zamawiający - po pierwsze trzeba dokonać sprawdzenia, czy usługi te stanowią usługę publiczną - czy możliwe jest wskazanie jakie zadania (zadanie) własne gminy, będą realizowane w ramach ich świadczenia przez Spółkę. Po drugie, należy zweryfikować, czy usługi te stanowią działalność gospodarczą czyli, czy co do zasady mogłyby stanowić przedmiot obrotu rynkowego, co oznacza, że można zidentyfikować takie mechanizmy rynkowe, które powodować będą, że usługi te mogłyby być realizowane z nastawieniem na zysk. Po trzecie konieczne jest określenie, czy wykonywanie usług stanowiących przedmiot powierzenia wiąże się z zaspokojeniem istotnej potrzeby społecznej czyli, czy co do zasady ich realizacja służy całości społeczeństwa jako takiego, Istotną cechą usług w ogólnym interesie gospodarczym, jest konieczność stałego ich zapewniania, przy niezmienionych warunkach jakościowych, gdy jednocześnie podmiot ją wykonujący może napotykać na trudności o charakterze ekonomicznym. Po czwarte trzeba

stwierdzić, czy dla powierzanych usług o parametrach wskazanych przez Miasto nie występuje rynek (brak rynku) i czy występują procesy konkurencyjne na tym rynku lub procesy konkurencji o rynek. Ostatnim elementem definiującym UOIG jest wskazanie, czy nałożony został na Miasto obowiązek realizacji UOIG - czy wystąpiła interwencja publiczna.

Mając na uwadze powyższe, w ocenie Zamawiającego, można stwierdzić, że usługi w ogólnym interesie gospodarczym w zakresie przedstawionym w pkt 2 niniejszej informacji, są zadaniami spełniającymi definicję UOIG. Zasadnym jest stwierdzenie, że usługi w zakresie gospodarki odpadami, przy założeniu przez Miasto odpowiednich parametrów realizacji, będą usługami, których żadne przedsiębiorstwo, że względu na swój interes gospodarczy, w ogóle nie zdecydowałoby się świadczyć lub nie zdecydowałoby się świadczyć na tych samych warunkach lub w tym samym zakresie bez interwencji publicznej, w jakim usługa ta będzie świadczona przez Spółkę.

Przechodząc bezpośrednio do możliwości zastosowania trybu niekonkurencyjnego, Zamawiający wskazał, co następuje.

Przesłanka z art. 67 ust. 1 pkt 12 lit. a)

Zamawiający wskazał, iż Spółka na zasadzie powierzenia, prowadzić będzie działalność w ogólnym interesie gospodarczym (UOIG) w zakresie odbioru odpadów komunalnych, zbieraniu odpadów komunalnych, transporcie odpadów komunalnych, poprzez, w szczególności realizację następujących zadań:

a) odbiór odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy, na terenie Gminy,

b) zbieranie i transport odpadów pochodzących z PSZOKu prowadzonego przez Miasto do miejsc zagospodarowania wskazanych przez Miasto,

c) transport odpadów odebranych z terenu Miasta do miejsc zagospodarowania wskazanych przez Miasto,

d) edukacja ekologicznej mieszkańców poprzez kształtowanie postaw proekologicznych.

Zamawiający wskazał, iż zasadniczym przedmiotem działalności Spółki było zaspokojenie potrzeb wspólnoty samorządowej w zakresie budowy oraz eksploatacji urządzeń wodociągowych. Ponadto, zgodnie z Uchwałą Rady Miejskiej Nr VIII/71/2019 z dnia 21 marca 2019 r. o zmianie uchwały nr 316/99 Rady Miejskiej w sprawie przekształcenia komunalnego zakładu budżetowego pod nazwą „Zakład Gospodarki Komunalnej i Mieszkaniowej” w Tomaszowie Mazowieckim - zadania realizowane przez Spółkę zostały rozszerzone o działania w zakresie usług związanych z odbiorem, transportem, zbieraniem, odpadów komunalnych. Spółka ma możliwości zawierania umów na budowę oraz eksploatację urządzeń wodociągowo-kanalizacyjnych, dostawę wody odprowadzanie ścieków z osobami prawnymi i fizycznymi oraz jednostkami organizacyjnymi nieposiadającymi osobowości prawnej. W roku 2018 Spółka zaopatrywała w wodę 7807 odbiorców z czego: a) 74,45% - ilości wody dostarczono do gospodarstw domowych, b) 25,55% - ilości wody dostarczono do pozostałych obiorców. Dodatkowo w roku 2018 Spółka odebrała ścieki od 7200 odbiorców z czego: a) 66,40% - ilości ścieków stanowiły ścieki bytowe, b) 25,04 % - ilości ścieków stanowiły ścieki przemysłowe, c) 8,57 % - stanowiły ścieki dostarczone wozom asenizacyjnym.

Zamawiający zaznaczył, że z każdym z powyższych odbiorców korzystających z usług w postaci zaopatrywania w wodę oraz z odbiorem ścieków, zawarte zostały osobne umowy. Jednakże możliwość realizacji powyższych usług wynika z podjętej przez Miasto Uchwały nr 316/99, Rady Miejskiej Tomaszowa Mazowieckiego w sprawie przekształcenia komunalnego zakładu budżetowego pod nazwą „Zakład Gospodarki Komunalnej i Mieszkaniowej” w Tomaszowie Mazowieckim w dwie jednoosobowe spółki z ograniczoną odpowiedzialnością gminy - miasta Tomaszów Mazowiecki na mocy której powierzona została realizacja zadania własnego w zakresie dostarczenia wody i odbioru ścieków. Zgodnie z Uchwałą nr VIII/71/2019, Spółka w celu zaspokojenia zbiorowych potrzeb mieszkańców Miasta „na zasadzie powierzenia” będzie realizować zadanie własne Miasta w zakresie gospodarki odpadami komunalnymi. Zadania te polegać będą na odbiorze, zbieraniu, transporcie, odpadów komunalnych pochodzących z terenu Miasta. Zostały one wprowadzone do umowy Spółki Uchwałą nr 2/2019. Do przedmiotu działalności określonego w umowie Spółki należą więc również zadania własne Miasta związane z: a) zbieraniem odpadów innych niż niebezpieczne, b) obróbką i usuwaniem odpadów innych niż niebezpieczne, c) demontażem wyrobów zużytych, d) odzyskiem surowców z materiałów segregowanych, e) działalnością związaną z rekultywacją i pozostałą działalność związana z gospodarką odpadami.

Usługi zgodnie z postanowieniami § 1 Uchwały nr VIII/71/2019, stanowią usługi świadczone w ogólnym interesie gospodarczym i będą realizowane w celu zaspokojenia zbiorowych potrzeb mieszkańców. Spółka działając w oparciu o przepisy o rachunkowości poprzez Zarządzenie nr 1a/2011 wydane przez Zarząd Spółki w sprawie wprowadzenia zasad (polityki) rachunkowości dla Spółki z dnia 21 stycznia 2011 r., ustanowiła Politykę Rachunkowości. Zgodnie z powyższym Zarządzeniem Spółka przyjęła zasady, z których wynika, że rok obrotowy dzieli się na 12 okresów sprawozdawczych, którymi są miesiące, a rokiem obrotowym jest rok kalendarzowy. Księgi rachunkowe obejmują zarówno dzienniki, księgę główną, jak i księgi pomocnicze oraz zestawienie obrotów i sald księgi głównej oraz ksiąg pomocniczych. Dodatkowo, zgodnie z Uchwałą nr 2a/2018 z dnia 5 marca 2018 roku, wprowadzona została odrębna Polityka Rachunkowości, przeznaczona na cel Projektu „Innowacyjne technologie w uporządkowaniu gospodarki wodno-ściekowej w Tomaszowie Mazowieckim.

Jak wskazał Zamawiający, zgodnie z powyższą uchwałą Spółka wyodrębniła oddzielną ewidencję księgową na poczet wydziału ds. Inwestycji. Przedmiotowa ewidencja została wyodrębniona w zakresie kosztów, wydatków, operacji bankowych, przychodów związanych z realizacją Projektu. Miasto z dniem 22 lutego 2018 r. przyjęło Uchwałę Nr LIX/516.2018 Rady Miejskiej Tomaszowa Mazowieckiego w sprawie wieloletniego planu rozwoju i modernizacji gminnych urządzeń wodociągowych i kanalizacyjnych. Załącznik nr 1 do wskazanej powyżej Uchwały, stanowi plan wieloletniego rozwoju i modernizacji urządzeń wodociągowych i urządzeń kanalizacyjnych na lata 2019-2021. Spółka planuję realizację licznych zadań z zakresu gospodarki wodno-ściekowej poprzez przedsięwzięcia rozwojowe - modernizacyjne, przedsięwzięcia racjonalizujące zużycie wody oraz wprowadzania ścieków a także, nakłady inwestycyjne poprzez zakup i budowę niezbędnych środków trwałych,

Dalej Zamawiający wskazał, iż przesłanka z art. 67 ust. 1 pkt 12 lit. a ustawy Pzp określa wymagany charakter relacji między zamawiającym a podmiotem ubiegającym się o zamówienie. Warunkiem uznania danego podmiotu za podmiot wewnętrzny zamawiającego jest sprawowanie nad nim pełnej kontroli. Ustawodawca doprecyzował, że pod pojęciem kontroli rozumie dominujący wpływ na kształtowanie celów strategicznych podmiotu i kluczowych decyzji zarządczych. Pod pojęciem strategii przedsiębiorstwa należy rozumieć długofalową koncepcję jego funkcjonowania, obejmującego w szczególności cele jego

powołania oraz sposoby osiągania zamierzeń biznesowych. Można zatem uznać, zdaniem Zamawiającego, że stanowi ona w istocie o sensie istnienia podmiotu. Uprawnienia do kształtowania organizacji, nadawania jej kierunków rozwoju, modyfikowane ich względem potrzeb (w tym decyzje o wejściu lub wyjściu z określonego rynku) oraz co istotne, podejmowania decyzji o zakończeniu działalności, stanowią najwyższy poziom sprawowania kontroli. Ustawodawca nie ograniczył jednak pojęcia „sprawowania kontroli" wyłącznie do możliwości wywierania strategicznego wpływu na podmiot (jak ma to miejsce m.in. w przypadku przepisów prawa ochrony konkurencji), W ujęciu omawianego przepisu, obejmuje ono również możliwość ingerowania (skutecznego) w decyzje zarządcze o istotnym wpływie na działalność przedsiębiorcy.

Zamawiający podkreślił, że o ile kryterium istotności wpływu jest bardzo ogólnie może mieć różny wymiar w różnych podmiotach, to bez wątpienia uprawnienie do oddziaływania w obszarze zarządzania podmiotem stanowi narzędzie znaczącej ingerencji kontrolującego w działalności podmiotu. W szczególności, w przypadku spółek prawa handlowego ubiegających się o status podmiotu wewnętrznego - limitującego uprawnienia organów zarządczych, np. w zakresie ograniczenia swobody przez zastrzeżenie możliwości wydawania im wiążących poleceń.

Dalej wskazano, iż organami Spółki są: Zgromadzenie Wspólników, Rada Nadzorcza (skład od 3 do 6 Członków powoływanych przez Zgromadzenie Wspólników na okres wspólnej, 3-letniej kadencji) Zarząd Spółki (skład od 1 do 3 Członków powoływanych przez Radę Nadzorczą na okres wspólnej, 3-letniej kadencji). Zamawiający podkreślił, że Umowa Spółki wyraźnie wzmacnia rolę Rady Nadzorczej oraz Zgromadzenia Wspólników względem Zarządu Spółki. Pierwszym elementem na to wskazującym jest wydłużony okres kadencji Rady Nadzorczej (3 lata) względem zapisów zawartych w k.s.h., zgodnie z którymi kadencja Rady Nadzorczej wynosi zaledwie rok. Warto również wspomnieć, iż w Umowie Spółki przewiduje się jednocześnie możliwość zwiększenia liczby Członków Rady Nadzorczej ponad rozwiązania z art. 215 § 1 ustawy k.s.h. Kwestią podstawową dla rozstrzygnięcia, czy w danym przypadku mamy do czynienia ze sprawowaniem prawnej kontroli przez zamawiającego, jest analiza kompetencji przyznanych poszczególnym organom Spółki. Zgodnie z zapisami Umowy Spółki, działalność Zarządu Spółki sprowadza się w dużym stopniu do wykonywania uchwał podjętych przez Zgromadzenie Wspólników oraz do kierowania administracją Spółki,

W tym miejscu Zamawiający zaznaczył, iż kształt oraz skład Zarządu jest bezpośrednio zależny od działań i decyzji Rady Nadzorczej oraz Zgromadzenia Wspólników, którym to przyznano prawo m.in. do powoływania Członków Zarządu czy też zatwierdzania jego regulaminu. Podstawowe kompetencje Zgromadzenia Wspólników tj. rozpatrywanie atwierdzanie sprawozdania Zarządu z działalności Spółki, sprawozdania finansowego za ubiegły rok obrotowy Spółki, zmiany Umowy Spółki czy też podwyższenie kapitału zakładowego, określają wprost przepisy ustawy k.s.h. Ustawodawca daje jednak możliwość rozszerzenia niektórych kompetencji bądź ich zawężenia. Zgodnie z art. 213 § 3 ustawy k.s.h. umowa spółki może wyłączyć bądź ograniczyć indywidualną kontrolę wspólników w przypadku ustanowienia rady nadzorczej lub komisji rewizyjnej. Zamawiający wskazał, iż w tym przypadku nie skorzystano jednak z takiej możliwości, co niewątpliwie przemawia za uznaniem Spółki za podmiot wewnętrzny Zamawiającego. Ponadto Umowa Spółki przyznaje Zgromadzeniu Wspólników możliwość kształtowania wynagrodzenia Członków Zarządu Spółki oraz Rady Nadzorczej, podejmowanie decyzji o tworzeniu oddziałów czy też wyłączenia zysku Spółki od podziału. W myśl art. 219 k.s.h. Rada Nadzorcza sprawuje stały nadzór nad działalnością Spółki we wszystkich dziedzinach jej działalności. Co więcej, Rada może badać wszystkie dokumenty Spółki, żądać od Zarządu i pracowników sprawozdań, wyjaśnień, a także dokonywać rewizji stanu majątku Spółki. Mimo, iż k.s.h. daje swobodę do regulowania pracy Członków Rady Nadzorczej poprzez wyłączenie możliwości ich samodzielnego sprawowania prawa nadzoru, Umowa Spółki nie przewiduje takiego wyłączenia. Zgodnie z treścią Umowy, Radzie Nadzorczej zostały przyznane kompetencje m.in. do przeprowadzenia corocznej oceny sprawozdania finansowego za ubiegły rok obrachunkowy, wybieranie biegłego rewidenta przeprowadzającego badanie sprawozdania finansowego, powoływania i odwoływania Członków Zarządu Spółki, podejmowania czynności w zakresie umów o świadczenie usług zarządzania zawieranych z członkami Zarządu Spółki.

Dokonując analizy treści Umowy Spółki, zdaniem Zamawiającego, można wyraźnie stwierdzić, iż Spółka spełnia przesłanki podmiotu wewnętrznego. Wątpliwości nie powinien budzić fakt, iż wszystkie udziały obejmuje Miasto. Daje to tej jednostce decydującą pozycję w określaniu kierunku działań Spółki oraz jej ostatecznego kształtu. Zarząd Spółki w dużej mierze zależny jest od postanowień pozostałych Organów, które nie tylko kontrolują i badają jego działalność, ale również bezpośrednio oddziałują, a wręcz kształtują jego pracę. Z uwagi na powyższe, zdaniem Zamawiającego, sprawuje on nad Spółką kontrolę w zakresie wskazanym w art. 67 ust. 1 pkt 12 lit. a) ustawy Pzp.

Przesłanka z art. 67 ust. 1 pkt 12 lit. b)

W zakresie tej przesłanki Zamawiający na wstępie przytoczył treść art. 67 ust. 8 i 9 oraz art. 67 ust. 1 pkt 12 lit. b) ustawy Pzp. Podniósł, że w celu obliczenia parytetu 90/10 należy uwzględnić średnią wartość przychodów ze sprzedaży, osiągniętych przez Spółkę w trzyletnim okresie poprzedzającym udzielenie zamówienie z wolnej ręki. Udział oblicza się na podstawie wartości przychodów ze sprzedaży usług, dostaw lub robót budowlanych powierzonych (zleconych niezależnie od trybu) Spółce przez Miasto, przez podmioty zależne od Miasta lub nad którymi Miasto sprawuje kontrolę oraz osiągnięte z innych źródeł, lecz w związku z wyraźną interwencją Miasta, nakazującą kontraktowanie ze Spółką. Opcjonalnie, jeśli dane historyczne są niedostępne lub nieadekwatne ze względu na datę utworzenia lub rozpoczęcia działalności Spółki lub ze względu na reorganizację, udział przychodów, o którym mowa powyżej można określić na podstawie wiarygodnych prognoz handlowych.

Zamawiający wskazał, iż Spółka wykonuje zasadniczo dwa rodzaje działalności: a) działalność na rzecz Miasta, b) działalność na zlecenie podmiotów prywatnych. W celu określenia parytetu działalności wykonywanej przez Spółkę na rzecz Miasta, należy zdefiniować przychody definiowane jako przychody osiągane w związku z powierzeniem od Miasta. Zgodnie z treścią art. 67 ust. 1 pkt 12 lit b ustawy Pzp, w ustalaniu skali tej działalności uwzględnia się zamawiającego sprawującego kontrolę nad podmiotem wewnętrznym oraz inne osoby prawne, nad którymi ten zamawiający sprawuje kontrolę. Dodatkowo, w ramach kategorii przychodów od Miasta należy uwzględnić również sprzedaż zrealizowaną w wyniku interwencji Miasta, w szczególności wynikającą z decyzji Miasta o przydzieleniu Spółce konkretnego odbiorcy usług lub o zobowiązaniu Spółki do obsługi danego kontrahenta. W szczególności za sprzedaż taką należy uznać sprzedaż realizowaną przez Spółkę w ramach powierzonych jej przez Miasto usług z zakresu dostawy wody i odbioru ścieków od mieszkańców Miasta.

Zamawiający przedstawił w formie tabeli przychody osiągane przez Spółkę w ramach działalności realizowanej w związku z obowiązkiem świadczenia usług nałożonym przez Miasto, w której wskazano dane liczbowe (w tys. PLN) w poszczególnych latach dla następujących kategorii przychodów: przychody ze sprzedaży wody (2016 - 9 438,96, 2017 - 9 559,38, 2018 - 9 941,35); przychody z kanalizacji sanitarnej (2016 - 11 947,69, 2017 - 12 540,87, 2018 - 12 757,67); przychody z odprowadzania ścieków przemysłowych (2016 -

4 198,08, 2017- 4 714,15, 2018 - 4 950,59), przychody z kanalizacji deszczowej (2 497,43, 2017 - 2 992,48, 2018 - 3 009,03); przychody ujęcia wody w Białobrzegach (2016 - 529,90, 2017 - 552,05, 2018 - 590,19); przychody z tytułu opłat abonamentowych (2016 - 534,03, 2017

- 636,42, 2018 - 635,75); przychody z odprowadzania ścieków dostarczonych wozami asenizacyjnymi (2016 - 2 688,86, 2017 - 2 927,78, 2018 - 3 449,86); przychody z odprowadzania ścieków przemysłowych dla Gminy Tomaszów mazowiecki (2016 - 4,89, 2017

- 23,92, 2018 - 21,46); przychody z kanalizacji sanitarnej z dopłatą Gminy Tomaszów Mazowiecki (2016 - 133,24, 2017 - 478,06, 2018 - 579,51).

Dalej Zamawiający przedstawił strukturę przychodów osiąganych przez Spółkę w zakresie prowadzonej działalności w latach 2016-2018. Wynikały z niej następujące dane:

Przychody ze sprzedaży z działalności zleconej przez Miasto [tys. PLN]: 2016 - 31 973,08; 2017 - 34 425,11; 2018 - 35 935,42; średnia - 34 111,20.

Przychody z działalności zleconej przez inne podmioty [tys. PLN]: 2016 - 104,57; 2017 - 68,29; 2018 - 103,44; średnia - 92,10.

Suma przychodów ze sprzedaży [tys. PLN]: 2016 - 32 077,65; 2017 - 34 493,40; 2018 - 36 038,86; średnia - 34 203,30.

Udział przychodów ze sprzedaży z działalności zleconej przez Miasto w sumie przychodów ze sprzedaży [%]: 2016 - 99,67%, 2017 - 99,80%, 2018 - 99,71%, średnia - 99,73%.

Na podstawie powyższych danych Zamawiający wskazał, iż przychody ze sprzedaży osiągnięte z działalności świadczonej na rzecz Miasta lub związane z taką działalnością, czyli wynikające z interwencji publicznej Miasta, średniorocznie przekraczają poziom 90% przychodów ze sprzedaży dla lat 2016-2018. Średni udział tych przychodów w badanych okresie wyniósł 99,73%.

Dodatkowym, mającym istotne znaczenie dla poprawnego zdefiniowania podmiotu wewnętrznego czynnikiem jest fakt, ze Spółka zgodnie z uchwałą VIII/71/2019 dokonała zmiany zakresu działalności rynkowej. Zgodnie z powyższą Uchwałą, Spółka prowadzić będzie ponadto działalność w zakresie gospodarki odpadami komunalnymi, polegająca na: odbiorze, zbieraniu, transporcie, zagospodarowaniu i unieszkodliwianiu odpadów komunalnych pochodzących z terenu Miasta. Powyższa zmiana skutkować może reorganizacją Spółki, w tym: zmianą zakresów pionów odpowiedzialnych za realizację poszczególnych operacji. Spółka podjęła czynności organizacyjne oraz faktyczne zmierzające do objęcia świadczeniem usług odbioru odpadów komunalnych z terenu miasta Tomaszowa Mazowieckiego takich jak: zakup pojemników na odpady odpowiadających specyfice zamówienia oraz worków, zakup pojazdów specjalistycznych, zatrudnienie dodatkowych pracowników operacyjnych. Zostały tez zmienione i uszczegółowione zadania pozostałych pracowników. Konsekwencja tych zmian było wprowadzenie struktury organizacyjnej i nowego schematu organizacyjnego Spółki.

Dalej Zamawiający wskazał, iż dysponowanie statusem podmiotu wewnętrznego niesie za sobą określone korzyści. Przejawiają się one w szczególności w niższym ryzyku prowadzenia działalności na poziomie operacyjnym. Przykładowo przez zapewnienie pokrycia kosztów realizowanej usługi publicznej oraz możliwość otrzymania rozsądnego zysku ze źródeł publicznych. W tym kontekście, zakaz wstępowania komercyjnych inwestorów w kapitał podmiotu wewnętrznego stanowi swoiste zabezpieczenie przed przepływem środków publicznych między działalnościami: rynkową i publiczną, a tym samym stworzenie warunków dla funkcjonowania uczciwej konkurencji na innych rynkach.

Przesłanka z art. 67 ust. 1 pkt 12 lit. c)

Zamawiający wyjaśnił, iż Spółka jako spółka komunalna jest osobą prawną, o której mowa w art. 3 ust 1 ustawy Pzp. Jak wynika z odpisu z Krajowego Rejestru Sądowego dla Spółki, jedynym jej wspólnikiem jest Miasto. Powyższe oznacza, że w kapitale zakładowym Spółki brak jest bezpośredniego udziału kapitału prywatnego, co skutkuje spełnieniem przesłanki określonej w art. 67 ust. 1 pkt 12 lit. c) ustawy Pzp.

Ponadto wskazał, iż z tytułu świadczenia Usług w danym roku kalendarzowym Wykonawcy przysługiwać będzie Rekompensata obliczona według zasad określonych w przyszłej umowie. Wysokość Rekompensaty, uwzględniającej Rekompensatę pieniężną, nie może przekroczyć wartości otrzymanej w wyniku pomniejszenia kosztów będących podstawą uzyskania Rekompensaty o przychód generowany w ramach realizacji usług oraz

o dochód z Działalności dodatkowej, a także inne składniki wynikające z przepisów, w szczególności pomoc publiczną przyznaną w innych formach, a dotyczącą realizacji usług. Rekompensata nie może przekroczyć kwoty wyznaczonej na podstawie Decyzji UOIG (Usługi w ogólnym interesie gospodarczym). Rekompensata pieniężna stanowi część Rekompensaty w rozumieniu Decyzji UOIG - na Rekompensatę składają się także wszelkie publiczne środki pieniężne i niepieniężne pozyskane przez Wykonawcę w Okresie Powierzenia, stanowiące pomoc publiczną w rozumieniu art. 107 ust. 1 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej, w tym: środki publiczne w szczególności w formie podwyższenia kapitału, dopłat wspólników, preferencyjnego oprocentowania pożyczek czy preferencyjnego oprocentowania poręczeń w zakresie związanym z realizacją usług. Rekompensata będzie co roku obliczana przez Wykonawcę oraz weryfikowana przez Audytora, który dokona oceny wysokości rekompensaty na dany rok w oparciu o postanowienia umowy oraz przepisy unijne dotyczące pomocy publicznej.

Zamawiający określając planowany termin realizacji zamówienia i czas trwania umowy wskazał, iż termin realizacji zamówienia to 4 lata od dnia 1 października 2019 roku, termin zakończenia realizacji zamówienia 30 września 2023 r, a czas trwania umowy wynosi 48 miesięcy.

Zamawiający przedstawił także uzasadnienie mające wykazać brak naruszenia konkurencji. Podniósł, iż pomimo, że literalnie ujmując, przepisy ustawy Pzp w art. 67 ust. 1 pkt 12 nie wymagają od zamawiającego wykazania braku naruszenia konkurencji to w przedmiotowym postępowaniu, mając na względzie kształtujące się orzecznictwo, zamawiający wskazuje, że w zamówieniu prowadzonym w trybie z wolnej ręki, zaistniały przesłanki do jego zastosowania tym samym nastąpiła okoliczność, która umożliwiła odstąpienie od trybów konkurencyjnych tj. przetargu nieograniczonego i przetargu ograniczonego. Dla przykładu wskazał na orzeczenie o sygn. KIO 96/2017 oraz o sygn. KIO 305/19.

Zamawiający wskazał, iż ustalenie, które pozwoliło zamawiającemu na odstąpienie od zastosowania trybów konkurencyjnych oparte jest na wiarygodnych i zbadanych danych uzyskanych przez zewnętrzny profesjonalny podmiot, który na zlecenie zamawiającego wykonał usługę polegającą na opracowaniu i wprowadzaniu infrastruktury ekonomiczno - prawnej w udzieleniu zamówień typu in-house w zakresie gospodarowania odpadami komunalnymi. Prognozy wykonane przez autorów przygotowanej analizy dały podstawy do stwierdzenia, że zlecenie usługi odbioru odpadów komunalnych spółce będzie wymierną korzyścią dla mieszkańców miasta Tomaszowa Mazowieckiego przede wszystkim poprzez zmniejszenie kosztów gospodarki odpadami komunalnymi. Tym samym, zdaniem Zamawiającego, uznać należy, że Gmina Miasto Tomaszów Mazowiecki wykazała się należytą starannością w możliwości zastosowania powierzenia wykonania zamówienia przez podmiot wewnętrzny. W sporządzonej analizie uwzględniono dane historyczne spółki a także dokonano analizy prawnej wskazującej spełnienie warunków udzielenia zamówienia in-house, a także ryzyka prawne i skutki nienależytego wykonania powierzenia oraz rozliczenie rekompensaty.

W ramach informacji dodatkowych Zamawiający wskazał, iż informację o zamiarze zawarcia umowy przygotował z wyczerpującym uzasadnieniem w oparciu o przepis art. 67 ust. 11 ustawy Pzp, co powoduje, że nie zachodzą podstawy do uznania, że nie zawiera ona w swej treści niezbędnych elementów celem wykazania możliwości zastosowania zamówienia w trybie niekonkurencyjnym. W konsekwencji uznać należy, że niniejsza informacja nie posiada wady formalnej jak i materialnej podstawy udzielenia zamówienia. Zobowiązując zamawiającego do zamieszczenia informacji o zamiarze zawarcia umowy, ustawodawca zapewnił ochronę zasady konkurencji i przejrzystości, a potencjalnym wykonawcom dał możliwość zweryfikowania spełniania m.in. przesłanek z art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, którzy w przypadku przekonania, że brak jest podstaw do udzielenia zamówienia in-house w oparciu o ten przepis mają prawo wnieść odwołanie.

W dniu 9 września 2019 r. Zamawiający przekazał do publikacji ogłoszenie o dobrowolnej przejrzystości ex ante, które zostało opublikowane w dniu 13 września 2019 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2019/S 177-432040.

Izba zważyła, co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności rozpoznaniu Izby podlegał zarzut niewykazania przez Zamawiającego istnienia dominującego wpływu na cele strategiczne oraz dominującego wpływu na istotne decyzje dotyczące zarządzania sprawami Przystępującego. Izba miała na względzie okoliczność, iż Odwołujący nie wskazał podstawy prawnej ww. zarzutu ani nie wyartykułował go wprost w petitum odwołania, niemniej jak wskazuje się w orzecznictwie, o tym jakie twierdzenia lub zarzuty podnosi strona w postępowaniu nie przesądza proponowana przez nią kwalifikacja prawna, ale okoliczności faktyczne wskazane przez tę stronę. W przedmiotowym przypadku okoliczności faktyczne stanowiące podstawę omawianego zarzutu pozwalały na ustalenie w sposób jednoznaczny jego kwalifikacji prawnej, jaką był art. 67 ust. 1 pkt 12 lit. a ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy 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 ustawy Pzp, 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.

Jak stanowi ww. przepis, aby uznać za spełnioną przesłankę z lit. a zamawiający zobowiązany jest wykazać, że sprawuje nad osobą prawną kontrolę odpowiadającej kontroli sprawowanej nad własnymi jednostkami. Ustawa wskazuje ponadto, że kontrola ta ma polegać na dominującym wpływie na cele strategiczne oraz istotne decyzje dotyczące zarządzania sprawami tej osoby prawnej. W ocenie Izby dominujący wpływ na cele strategiczne oraz istotne decyzje dotyczące zarządzania sprawami tej osoby prawnej jest warunkiem sine qua non uznania, że zamawiający sprawuje kontrolę nad osobą prawną, która odpowiada kontroli sprawowanej nad własnymi jednostkami. Potwierdza to treść art. 12 ust. 1 Dyrektywy klasycznej, z której zaczerpnięto definicję sprawowania kontroli nad jednostką określoną w art. 67 ust. 1 pkt 12 lit. a ustawy Pzp. W art. 12 ust. 1 Dyrektywy wskazano wprost, iż „uznaje się, że instytucja zamawiająca sprawuje nad daną osobą prawną kontrolę podobną do kontroli, jaką sprawuje nad własnymi jednostkami w rozumieniu akapitu pierwszego lit. a), jeżeli wywiera decydujący wpływ zarówno na cele strategiczne, jak i na istotne decyzje kontrolowanej osoby prawnej."

Właściwa interpretacja ww. przepisu wymaga zatem sięgnięcia do dotychczasowego orzecznictwa TSUE w tej kwestii, które pozostaje nadal aktualne (por. w szczególności orzeczenia Trybunału z 18 listopada 1999 r. w sprawie C-107/98 Teckal, z 13 października 2005 r. w sprawie C-458/03 Parking Brixen, z 13 listopada 2008 r. w sprawie C-324/07 Coditel, z 11 maja 2006 r. w sprawie C-340/04 Carbotermo). Uwzględniając dorobek orzeczniczy Trybunału Sprawiedliwości, w doktrynie wskazuje się, że dominujący wpływ na cele strategiczne powinien być rozumiany jako skupienie po stronie zamawiającego wykonującego kontrolę nad daną osobą prawną kompetencji w zakresie wyznaczania celów, do których realizacji została powołana dana osoba prawna, czy też modyfikacji tych celów. Dominujący wpływ na cele strategiczne to także możność wiążącego powierzenia danej osobie prawnej realizacji zadania publicznego, do którego realizacji obowiązany jest zamawiający i w celu realizacji którego powołał do życia daną osobę prawną. W tym kontekście wpływ na cele strategiczne nie powinien być rozumiany jako formalny brak autonomii woli po stronie kontrolowanej osoby prawnej, lecz jako możliwość oddziaływania poprzez działania faktyczne i prawne na realizację powierzonych zadań. Przejawem dominującego wpływu na cele strategiczne będzie konieczność uzgadniania (w ramach ładu korporacyjnego lub w związku z narzuconymi postanowieniami umownymi) kluczowych działań inwestycyjnych i rozwojowych. Z kolei wpływ na istotne decyzje dotyczące zarządzania sprawami osoby prawnej to konieczność uzgadniania (w tym także w postaci zgód korporacyjnych) czynności doniosłych (istotnych) z uwagi na skalę prowadzonej działalności oraz brak autonomicznych uprawnień organu zarządzającego danej osoby prawnej gwarantujących jej daleko posuniętą niezależność decyzyjną (por. J. Jerzykowski [w:] W. Dzierżanowski, J. Jerzykowski, M. Stachowiak „Prawo zamówień publicznych. Komentarz" wyd. VII, WKP 2018).

Skład orzekający Izby podziela także stanowisko przedstawione w opinii Urzędu Zamówień Publicznych, oparte również w przeważającej mierze na orzecznictwie unijnym, iż „poprzez dominujący wpływ na cele strategiczne należy rozumieć określanie przez instytucję

zamawiającą celów instytucji podległej, a także możliwość zatwierdzania (i uchylania) celów projektowanych przez samą jednostkę. Oddziaływanie na cele strategiczne osoby prawnej można utożsamiać z określeniem przez zamawiającego nie tylko celu powołania osoby prawnej, np. w akcie konstytuującym osobę prawną, ale tym bardziej z celami bieżącymi, określającymi, np. charakter działalności osoby prawnej, zakres wykonywanej działalności (tj. wybór celów, które dana jednostka ma przede wszystkim realizować w krótkim terminie etc.). Możliwość wydawania jednostce podległej wiążących poleceń (zarówno w ujęciu strategicznym, jak i działalności bieżącej) również jest przejawem kontroli spełniającej przesłanki z tego przepisu. Strategiczny wpływ na wybór celów wyraża się także we wpływie zamawiającego na określenie marginesu autonomii takiego podmiotu wraz z możliwością każdorazowego uchylenia tego marginesu swobody."

Przenosząc powyższe rozważania na grunt przedmiotowej sprawy, w pierwszej kolejności należy wskazać, iż okolicznością bezsporną i znajdującą potwierdzenie już chociażby w informacji odpowiadającej aktualnemu odpisowi KRS Przystępującego, jest posiadanie przez Zamawiającego 100% udziałów w spółce Przystępującego. Ta okoliczność, choć nie przesądza jednoznacznie o spełnieniu przesłanki określonej w art. 67 ust. 1 pkt 12 lit. a ustawy Pzp, to jednak spełnienie tej przesłanki uprawdopodabnia. W orzeczeniu ETS z 11 maja 2006 r. w sprawie C-340/04 Carbotermo stwierdzono, iż „okoliczność, że instytucja zamawiająca posiada (...) całość kapitału zakładowego spółki, której udzielono zamówienia, wydaje się wskazywać - jednakże w sposób nieprzesądzający - że instytucja zamawiająca sprawuje nad tą spółką kontrolę analogiczną do sprawowanej nad własnymi służbami." Okolicznością mogącą wpływać na to, że sam fakt posiadania 100% udziałów w spółce i wykonywania kompetencji przyznanych z tego tytułu na gruncie właściwych przepisów kodeksu spółek handlowych, jest ograniczenie tych kompetencji na gruncie innych regulacji - czy to ustawowych czy wewnątrzorganizacyjnych. W tym zakresie warto zwrócić uwagę na stanowisko Trybunału Sprawiedliwości zaprezentowane w wyroku z 13 października 2005 r. w sprawie C-458/03 Parking Brixen GmbH, gdzie jako okoliczność świadczącą o osłabieniu kontroli zamawiającego wskazano m.in. szerokie uprawnienia zarządu w zakresie zarządzania spółką (dysponowanie uprawnieniem do podejmowania wszelkich czynności użytecznych lub niezbędnych dla realizacji celów spółki). Trybunał zwrócił także uwagę na dużą autonomię spółki w stosunku do akcjonariuszy, w tym możliwość dokonywania czynności o istotnym znaczeniu bez zgody walnego zgromadzenia.

W informacji o zamiarze zawarcia umowy Zamawiający przedstawił dane odnoszące się do organów spółki Przystępującego, wskazał także na wzmocnienie kompetencji Rady Nadzorczej oraz Zgromadzenia Wspólników względem Zarządu oraz na brak ograniczenia czy zawężenia kompetencji przyznanych wspólnikom wprost w k.s.h. Dane te znalazły odzwierciedlenie w dokumentach załączonych przez Zamawiającego do odpowiedzi na odwołanie, w szczególności w umowie spółki. Jak wynika z § 12 umowy spółki wszystkie udziały obejmuje Gmina Miasto Tomaszów Mazowiecki - ergo to Gmina Miasto Tomaszów Mazowiecki, jako jedyny wspólnik tworzy jeden z organów spółki - Zgromadzenie Wspólników. Pozostałymi organami spółki są Rada Nadzorcza i Zarząd. Do wyłącznej kompetencji Zgromadzenia Wspólników, zgodnie z § 17 umowy spółki, należy m.in. powoływanie i odwoływanie członków Rady Nadzorczej, podejmowanie uchwał w sprawie zasad kształtowania wynagrodzeń członków Zarządu i Rady Nadzorczej oraz wykonywanie innych obowiązków wobec członków Zarządu i Rady Nadzorczej zastrzeżonych przepisami prawa do kompetencji Zgromadzenia Wspólników, jak również szereg innych prerogatyw wynikających z kodeksu spółek handlowych. Umowa spółki nie wprowadza ograniczeń w zakresie ustawowych kompetencji Zgromadzenia Wspólników spółki. Izba ustaliła także, iż zgodnie z § 18 ust. 3 umowy spółki, na każdy udział przypada jeden głos, brak jest jakichkolwiek ograniczeń prawa głosu wspólnika z posiadających udziałów. Dalej, jak postanowiono w § 19 umowy spółki, Rada Nadzorcza składa się z 3 do 6 członków powoływanych przez Zgromadzenie Wspólników na okres wspólnej kadencji, która trwa trzy lata (ust. 1 i 2). Przewodniczącego Rady Nadzorczej i zastępcę wybiera Zgromadzenie Wspólników. Do kompetencji Rady Nadzorczej należy m.in. powoływanie i odwoływanie Członków Zarządu spółki (§ 21 pkt 9 umowy spółki). Kompetencje członków Zarządu obejmują zaś wszystkie sprawy nie zastrzeżone dla innych władz spółki, w szczególności bieżące kierowanie sprawami spółki, wykonywanie uchwał Walnego Zgromadzenia Wspólników, kierowanie administracją, wykonywanie innych czynności przewidzianych przepisami prawa (§ 23). Wskazano także, że Zarząd działa na podstawie regulaminu zatwierdzonego przez Zgromadzenie Wspólników.

Izba stwierdziła, iż z przedstawionej przez Zamawiającego dokumentacji nie wynikały okoliczności, które wskazywałyby na ograniczenie prawa Zamawiającego w zakresie sprawowania kontroli nad spółką Przystępującego i na osłabienie tej kontroli. Brak jest jakichkolwiek ograniczeń w zakresie wykonywania praw z przysługujących Zamawiającemu udziałów w kapitale zakładowym na Zgromadzeniu Wspólników czy też regulacji uzależniających podejmowanie przez ten organ strategicznych decyzji od uzyskania zgody innego organu. Indywidualna kontrola wspólników nie została ograniczona czy wyłączona,

mimo iż możliwość taką dają przepisy k.s.h., podobnie jak w umowie spółki nie ograniczono uprawnień rewizyjnych Rady Nadzorczej. Zgromadzenie Wspólników ma bezpośredni wpływ na skład osobowy Rady Nadzorczej, a pośredni na skład osobowy Zarządu. Zgromadzenie Wspólników decyduje także o zasadach kształtowania wynagrodzeń członków Zarządu i Rady Nadzorczej.

W tym kontekście na uwagę zasługuje stanowisko Przystępującego, który w postępowaniu odwoławczym podkreślał, iż to właśnie Prezydent Miasta Tomaszowa Mazowieckiego (jako podmiot uprawniony do wykonywania praw udziałowych w spółce Przystępującego) ustala zasady wynagradzania członków organu zarządzającego, co wynika z ustawy z dnia 9 czerwca 2016 r. o zasadach kształtowania wynagrodzeń osób kierujących niektórymi spółkami (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 2190 ze zm.). Ustawa ta reguluje sposób wykonywania uprawnień z akcji przysługujących m.in. jednostkom samorządu terytorialnego, w zakresie kształtowania wynagrodzeń członków organów zarządzających i organów nadzorczych, a także wybranych postanowień umów zawieranych z członkami organów zarządzających (art. 1 pkt 2), przy czym przez akcje należy rozumieć akcje lub udziały (art. 1 ust. 3 pkt 4). Jak wynika z art. 4 ww. ustawy, to właśnie podmiot uprawniony do wykonywania praw z akcji (udziałów) ustala w drodze uchwał część stałą wynagrodzenia członka organu zarządzającego oraz część zmienną, uzależnioną od poziomu realizacji celów zarządczych. Zasadą jest także, że to projekty uchwał w sprawie wynagrodzeń wyznaczają cele zarządcze, wagi tych celów, a także obiektywne i mierzalne kryteria ich realizacji i rozliczania (ust. 8). Powyższe przepisy rangi ustawowej potwierdzają istnienie kontroli Zamawiającego nad Przystępującym, odpowiadającej kontroli sprawowanej nad własnymi jednostkami.

Decydowanie o zakresie działalności spółki również leży w gestii Zgromadzenia Wspólników (czyli Zamawiającego), to Zgromadzeniu Wspólników przysługuje bowiem wyłączne prawo do zmian umowy spółki - znamiennym przykładem jest tutaj rozszerzenie na podstawie uchwały Nadzwyczajnego Zgromadzenia Wspólników z dnia 5 kwietnia 2019 r. zakresu zadań spółki ZGWK o realizację zadań własnych Gminy Miasto Tomaszów Mazowiecki obejmujących świadczenie usług w zakresie gospodarki odpadami komunalnymi, polegających na: odbiorze, zbieraniu, transporcie, zagospodarowaniu i unieszkodliwianiu odpadów komunalnych, pochodzących z terenu Miasta Tomaszowa Mazowieckiego, które to działanie było konsekwencją uchwały Rady Miejskiej w Tomaszowie Mazowieckim nr VIII/71/2019 z dnia 21 marca 2019 r. powierzonej do wykonania Prezydentowi Miasta Tomaszowa Mazowieckiego. Jak słusznie zauważył także Zamawiający, to on (już bezpośrednio, a nie jako udziałowiec na Zgromadzeniu Wspólników) określa szczegółowe zasady świadczenia usług z zakresu dostarczania wody i odbioru ścieków, jak i odbioru odpadów komunalnych aktami prawa miejscowego (uchwała nr XXXV/309/2013 Rady Miejskiej Tomaszowa Mazowieckiego z dnia 26 lutego 2013 r. w sprawie Regulaminu utrzymania czystości i porządku na terenie Gminy Miasto Tomaszów Mazowiecki; uchwała nr IV/34/2019 Rady Miejskiej Tomaszowa Mazowieckiego z dnia 17 stycznia 2019 r. w sprawie Regulaminu dostarczania wody i odprowadzania ścieków).

Uzupełniająco należy wskazać, iż Odwołujący w treści odwołania nie powoływał jakichkolwiek okoliczności mogących wskazywać na osłabienie kontroli Zamawiającego nad podległą mu osobą prawną (Przystępującym), poprzestając na twierdzeniu, że sam fakt posiadania przez Zamawiającego wszystkich udziałów w spółce nie musi przesądzać o istnieniu dominującego wpływu. Jak już wskazano powyżej, posiadanie przez zamawiającego całości kapitału zakładowego osoby prawnej może być uznane za niewystarczające do udzielenia takiej osobie prawnej zamówienia w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, ale nie z założenia i każdorazowo, lecz w sytuacji, gdy prawa zamawiającego wynikające z przysługujących mu udziałów doznają ograniczeń w sposób wpływający na istnienie dominującego wpływu na cele strategiczne oraz istotne decyzje dotyczące zarządzania sprawami tej osoby prawnej, np. gdy z aktu założycielskiego wynika, że jednostka zamawiająca jest ograniczona w wykonywaniu pełnego prawa głosu z przysługujących jej udziałów na walnym zgromadzeniu lub w jakikolwiek inny sposób nie ma pełnej swobody w ustalaniu celów strategicznych tej osoby prawnej. Jak wskazano powyżej, Izba uznała, iż umowa spółki nie zawiera ograniczeń, które mogłyby świadczyć o osłabieniu kontroli Zamawiającego nad spółką ZGWK i przesądzać o braku skutecznej dominacji, a Odwołujący takich okoliczności nie wykazał. Podczas rozprawy Odwołujący nie odniósł się nawet do treści umowy spółki, mimo iż została ona załączona do odpowiedzi na odwołanie, jak również nie przedstawił kontrargumentacji do twierdzeń podniesionych przez Zamawiającego i Przystępującego w złożonych pismach procesowych.

W tym miejscu podkreślić należy, iż jakkolwiek ciężar wykazania spełnienia przesłanek do zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki spoczywa na Zamawiającym, który winien przedstawić w tym zakresie stosowne uzasadnienie w treści informacji o zamiarze zawarcia umowy, zaś na rozprawie przedstawić wiarygodne dokumenty potwierdzające ustalenia wyrażone w tej informacji, to nie zwalania to Odwołującego - który przecież z własnych twierdzeń wywodzi skutek prawny w postaci zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki

z naruszeniem przepisów ustawy Pzp - z obowiązku wykazania podstaw faktycznych zarzutu oraz następnie przedstawienia dowodów potwierdzających te podstawy faktyczne, jak i ewentualnych dowodów przeciwnych wobec tych, które przedstawił Zamawiający. Przyjęcie innego spojrzenia mogłoby prowadzić do sytuacji, w której strona odwołująca mogłaby poprzestać na ogólnym twierdzeniu, że Zamawiający prowadząc postępowanie w trybie z wolnej ręki naruszył przepisy ustawy Pzp, w sytuacji gdy Zamawiający musiałby udowodnić każdy element wskazany w informacji o zamiarze zawarcia umowy. Ustawa Pzp nie wprowadza w tym zakresie odstępstwa od ogólnej zasady rozkładu ciężaru dowodu wyrażonej w art. 190 ust. 1 ustawy Pzp, zaś Izba orzekając związana jest granicami podstaw faktycznych i prawnych zarzutów wskazanych w odwołaniu (art. 192 ust. 7 ustawy Pzp).

Niezależnie od powyższego należy wskazać, iż istotne znaczenie dla oceny spełnienia przesłanki z art. 67 ust. 1 pkt 12 lit. a ustawy Pzp ma także charakter relacji pomiędzy gminą jako jednostką samorządu terytorialnego a spółką, która przez gminę została utworzona i istniejąca na tym tle ścisła zależność pomiędzy tymi podmiotami, wynikająca ze specyfiki spółki ZGWK będącej jednoosobową spółką komunalną. W tym zakresie trzeba odwołać się do przepisów ustawy o gospodarce komunalnej, która określa zasady i formy gospodarki komunalnej jednostek samorządu terytorialnego, polegające na wykonywaniu przez te jednostki zadań własnych, w celu zaspokojenia zbiorowych potrzeb wspólnoty samorządowej (art. 1 ust. 1 u.g.k.). Art. 1 ust. 2 u.g.k. stanowi, iż 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 art. 2 u.g.k. gospodarka komunalna może być prowadzona przez jednostki samorządu terytorialnego, w szczególności w formach zakładu budżetowego lub spółek prawa handlowego. Wobec tego należy uznać, że utworzenie przez jednostkę samorządu terytorialnego spółki prawa handlowego w celu wykonywania zadań własnych jest jedną z podstawowych i dopuszczalnych prawem form wykonywania zadań gminy w sferze użyteczności publicznej. O wyborze sposobu prowadzenia i formie gospodarki komunalnej decydują organy stanowiące jednostek samorządu terytorialnego, chyba że przepisy szczególne stanowią inaczej (art. 4 ust. 1 ustawy o gospodarce komunalnej). W art. 3 ust. 1 u.g.k. ustalono, iż jednostki samorządu terytorialnego mogą powierzać wykonywanie zadań z zakresu gospodarki komunalnej osobom fizycznym, osobom prawnym lub jednostkom organizacyjnym nieposiadającym osobowości prawnej także w drodze umowy. Nastąpić to może na zasadach ogólnych albo w trybie przepisów: 1) ustawy z dnia 19 grudnia 2008 r. o partnerstwie publiczno-prywatnym; 2) ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych; 3) ustawy z dnia 24 kwietnia 2003 r. o działalności pożytku publicznego i o wolontariacie; 4) ustawy z dnia 16 grudnia 2010 r. o publicznym transporcie zbiorowym; 5) ustawy z dnia 21 października 2016 r. o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi.

Ustawa o gospodarce komunalnej wprowadza także regulacje bezpośrednio ingerujące w strukturę i kompetencje organów spółki powołanej do wykonywania zadań z zakresu gospodarki komunalnej. I tak należy wskazać chociażby na art. 10a ust. 3 u.g.k., zgodnie z którym kadencja członka rady nadzorczej w spółkach z większościowym udziałem jednostek samorządu terytorialnego trwa 3 lata. Zgodnie z ust. 5 podmiot reprezentujący jednostkę samorządu terytorialnego lub komunalna osoba prawna, w zakresie wykonywania praw z udziałów i akcji przysługujących tym podmiotom, jako kandydata na członka organu nadzorczego wskazuje osobę, która spełnia wymogi, o których mowa w art. 19 ust. 1-3 i 5 ustawy z dnia 16 grudnia 2016 r. o zasadach zarządzania mieniem państwowym (Dz.U. z 2018 r. poz. 1182, z późn. zm.), z wyłączeniem wymogu posiadania pozytywnej opinii Rady do spraw spółek z udziałem Skarbu Państwa i państwowych osób prawnych. Dalej, w myśl ust. 6, członków zarządu spółek z udziałem jednostek samorządu terytorialnego powołuje i odwołuje rada nadzorcza. Z kolei jak stanowi art. 12 ust. 4 u.g.k. w jednoosobowych spółkach jednostek samorządu terytorialnego funkcję zgromadzenia wspólników (walnego zgromadzenia) pełnią organy wykonawcze tych jednostek samorządu terytorialnego.

Należy również zwrócić uwagę na ustawę o samorządzie gminnym, gdzie w art. 6 ust. 1 wskazano, iż do zakresu działania gminy należą wszystkie sprawy publiczne o znaczeniu lokalnym, niezastrzeżone ustawami na rzecz innych podmiotów. Z kolei w art. 7 ust. 1 u.s.g. wskazano, iż zaspokajanie zbiorowych potrzeb wspólnoty należy do zadań własnych gminy. W tym przepisie wymieniono także otwarty katalog zadań własnych gminy, wśród których znalazły się sprawy wodociągów i zaopatrzenia w wodę, kanalizacji, usuwania i oczyszczania ścieków komunalnych, utrzymania czystości i porządku oraz urządzeń sanitarnych, wysypisk i unieszkodliwiania odpadów komunalnych, zaopatrzenia w energię elektryczną i cieplną oraz gaz (pkt 3). Zgodnie z art. 9 ust. 1 u.s.g. w celu wykonywania zadań gmina może tworzyć jednostki organizacyjne, a także zawierać umowy z innymi podmiotami, w tym z organizacjami pozarządowymi. W ust. 4 tego przepisu wskazano, że zadaniami użyteczności publicznej, w rozumieniu ustawy, są zadania własne gminy, określone w art. 7 ust. 1, których celem jest bieżące i nieprzerwane zaspokajanie zbiorowych potrzeb ludności w drodze świadczenia usług powszechnie dostępnych.

Jak wskazała Izba m.in. w wyroku z dnia 21 kwietnia 2017 r., sygn. akt KIO 625/17, który to pogląd skład orzekający w niniejszej sprawie podziela, „należy odróżnić realizowanie zadań z zakresu użyteczności publicznej jako ustalonych w uchwale jednostki samorządu terytorialnego od wykonywania takich zadań na podstawie umowy. W pierwszym przypadku mamy do czynienia z realizowaniem przez spółkę zadań z zakresu użyteczności publicznej w jej imieniu i na rachunek za pomocą wniesionego lub powierzonego jej majątku niezbędnego do prowadzenia działalności. Tytułem do wykonywania przez spółkę określonych zadań komunalnych jest uchwała organu gminy oraz akt o jej utworzeniu. (...) Poza tym relacje prawne powstające pomiędzy gminą a spółką mają charakter stosunków właścicielskich. Wprawdzie utworzona przez gminę spółka prawa handlowego do wykonywania zadań z zakresu użyteczności publicznej ma osobowość prawną, odrębną od osobowości prawnej gminy, jednak nie ma to w tym przypadku decydującego znaczenia. Przede wszystkim spółka ta jest podmiotem zależnym w stosunku do gminy. Poza tym gminie przysługują w stosunku do utworzonej spółki uprawnienia właścicielskie, natomiast funkcję zgromadzenia wspólników (walnego zgromadzenia) zgodnie z art. 12 ust. 4 u.g.k. pełni organ wykonawczy tych jednostek. Oznacza to, że gmina posiada decydujący wpływ na działalność utworzonej przez siebie spółki."

Zauważyć należy, iż zgodnie z uchwałą Rady Miejskiej Tomaszowa Mazowieckiego z dnia 29 grudnia 1999 r. spółka ZGWK powstała z przekształcenia zakładu budżetowego „Zakład Gospodarki Komunalnej i Mieszkaniowej" jako jednoosobowa spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Gminy Miasta Tomaszowa Mazowieckiego, mająca kontynuować działalność polegającą na świadczeniu usług komunalnych w zakresie gospodarki wodno-kanalizacyjnej i ściekowej na terenie miasta (okoliczność bezsporna). Zgodnie z § 8 ust. 1 umowy spółki Przystępującego, spółka została powołana w celu realizacji zadań własnych

Gminy Miasto Tomaszów Mazowiecki polegających na świadczeniu usług komunalnych w zakresie gospodarki wodnokanalizacyjnej oraz ściekowej na terenie Gminy Miasto Tomaszów Mazowiecki. Spółka ta powstała na podstawie uchwały jednostki samorządu terytorialnego i na tej podstawie zostały jej powierzone do wykonywania zadania własne gminy z zakresu gospodarki wodnokanalizacyjnej oraz ściekowej. W konsekwencji pomiędzy Zamawiającym a spółką Przystępującego występują nie tylko relacje o charakterze właścicielskim, wynikające z samego faktu posiadania przez Gminę Miasto Tomaszów Mazowiecki 100% udziałów w spółce ZGWK (normowane co do zasady przepisami kodeksu spółek handlowych), ale także ścisła zależność pomiędzy tymi podmiotami wynikająca z samej specyfiki spółki ZGWK jako jednoosobowej spółki komunalnej (której funkcjonowanie normują m.in. przepisy ustawy o gospodarce komunalnej).

Jak słusznie zwrócono uwagę w wyroku Izby z dnia 7 lutego 2017 r., sygn. akt KIO 158/17 oraz z dnia 21 kwietnia 2017 r., sygn. akt KIO 625/17, „w istocie rzeczy status prawny spółki gminnej jest pochodną statusu prawnego jej wspólnika i założyciela zarazem, czyli jednostki samorządu terytorialnego. Jakkolwiek tego rodzaju relacja i zależność pomiędzy spółką i jej założycielem zawsze występuje, to w przypadku spółek komunalnych jest ona przez ustawodawcę szczególnie silnie eksponowana, a wynika to z ustawy o samorządzie gminnym oraz ustawy o gospodarce komunalnej. Wiąże się to z faktem, że spółka wykonuje zadania należące do gminy, w zakresie spółce powierzonym, a jej działanie nie jest nastawione przede wszystkim na zysk, lecz ma zaspokajać zbiorowe potrzeby wspólnoty samorządowej. (...) 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 decydują o ich utworzeniu, przedmiocie ich działalności, a także o ich likwidacji."

W tym stanie rzeczy Izba nie znalazła podstaw do uznania, że Zamawiający nie wykazał, iż sprawuje kontrolę polegającą na dominującym wpływie na cele strategiczne i istotne decyzje dotyczące zarządzania sprawami spółki ZGWK, a tym samym brak jest podstaw do stwierdzenia, że nie ziściła się przesłanka, o której mowa w art. 67 ust. 1 pkt 12 lit. a ustawy Pzp.

Za niepotwierdzony Izba uznała również zarzut naruszenia art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp poprzez „niewykazanie przez Zamawiającego przesłanki dotyczącej procentu działalności i bezzasadne przyjęcie, że przychody uzyskane z opłat od odbiorców innych niż gospodarstwa domowe można potraktować jako przychód z zadań powierzonych przez Zamawiającego."

W pierwszej kolejności należy zauważyć, iż Odwołujący zarzut ten ograniczył do lakonicznego wywodu, iż jak wynika z informacji o zamiarze zawarcia umowy tylko 75,45% ilości wody dostarczono do gospodarstw domowych i jedynie 66,40% ścieków to ścieki bytowe, pozostała działalność zaś to usługi świadczone pozostałym odbiorcom (przedsiębiorcom) i odbiór ścieków przemysłowych, co powoduje, że działalność Przystępującego nie

koncentruje się na działalności powierzonej przez Zamawiającego, lecz stanowi działalność na rzecz podmiotów komercyjnych. Odwołujący w żaden sposób nie wyjaśnił relacji danych przedstawionych w informacji o zamiarze zawarcia umowy do wyprowadzonych w odwołaniu wniosków o niespełnieniu wymaganego w art. 67 ust. 1 pkt 12 lit. b ustawy Pzp procenta działalności. Odwołujący w żaden sposób nie wyjaśnił, dlaczego w jego ocenie pozostała działalność związana z dostawą wody (inna niż dostawy do gospodarstw domowych) i odbiorem ścieków (innych niż bytowe) nie stanowi zadań własnych gminy i nie może stanowić zadań powierzonych Przystępującemu przez Zamawiającego, nie poparł swoich twierdzeń jakimikolwiek wyliczeniami liczbowymi ani nie odniósł się do danych zaprezentowanych przez Zamawiającego w informacji o zamiarze zawarcia umowy. Sam Odwołujący w treści odwołania marginalizował przedmiotowy zarzut, poświęcając tej kwestii kilka ogólnych, niczym nie popartych, zdań i skupiając się na problematyce sposobu liczenia 90% przychodów, która stanowiła przedmiot odrębnego zarzutu. Również w toku postępowania odwoławczego Odwołujący nie przedstawił argumentacji mającej potwierdzać postawione w odwołaniu tezy. Już zatem z samego tego względu przedmiotowy zarzut uznać należy za nieuzasadniony.

Nadmienić należy, iż nie jest rolą Izby domniemywać jaki był zamiar Odwołującego podczas stawiania poszczególnych zarzutów. Podkreślić należy, że podstawą zarzutu jest nie tylko przywoływana podstawa prawna, ale również konkretna i precyzyjna podstawa faktyczna. To na wykonawcy, będącym profesjonalistą, spoczywa ciężar skonkretyzowania stawianych zarzutów na wspomnianych wyżej płaszczyznach. Jest to kwestia o znaczeniu kluczowym, bowiem to właśnie sposób przedstawienia podstaw zarzutów, a zwłaszcza jego podstaw faktycznych, wyznacza granice rozpoznania odwołania przez Izbę, która zgodnie z art. 192 ust. 7 ustawy Pzp nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. W przedmiotowej sprawie Izba ocenia kwestię wykazania przez Zamawiającego w informacji o zamiarze zawarcia umowy przesłanek uprawniających do udzielenia zamówienia in-house wynikających z art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp wyłącznie poprzez pryzmat wskazanych w odwołaniu okoliczności faktycznych mających świadczyć o niespełnieniu wymogów ustawowych, nie zaś z perspektywy całokształtu (niewyartykułowanych) okoliczności mogących hipotetycznie przesądzać o braku podstaw do zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki. Wynika to wprost z zasady kontradyktoryjności postępowania odwoławczego.

Dalej należy wskazać, iż, jak wynika z art. 67 ust. 1 pkt 12 lit. b ustawy Pzp, warunek tam wskazany zostanie spełniony, jeżeli ponad 90% działalności kontrolowanej osoby prawnej dotyczy wykonywania zadań powierzonych jej przez zamawiającego sprawującego kontrolę. Przepis ten nie definiuje, co należy rozumieć pod pojęciem „zadania powierzonego" ani w jakiej formie nastąpić ma powierzenie wykonywania zadań. Nie budzi jednak wątpliwości Izby, iż do działalności dotyczącej wykonywania zadań powierzonych należy zaliczyć działalność polegającą na realizowaniu w imieniu gminy jej zadań własnych, przy czym podkreślić trzeba, że nie należy ograniczać pojęcia zadania powierzonego wyłącznie do zadań własnych jednostki samorządu terytorialnego, podobnie jak nie jest zasadne ograniczanie powierzenia zadań wyłącznie do sytuacji ich przekazania w drodze aktu utworzenia danej osoby prawnej. Istotne jest, aby działalność kontrolowanej osoby prawnej była działalnością ściśle związaną z konkretnym poleceniem zamawiającego, który tę osobę kontroluje i nie miała charakteru komercyjnego. Okoliczność w jakiej formie następuje powierzenie zadań do realizacji (czy to w trybie określonym ustawą o gospodarce komunalnej czy np. poprzez zawarcie umów powierzenia zadań) ma znaczenie drugorzędne - wybór formy zlecenia zadań leży w gestii zamawiającego i może podlegać ewentualnym ograniczeniom wynikającym z właściwych przepisów prawa, które zamawiający zobowiązany jest stosować.

Jak wynika z art. 3 ust. 1 ustawy o zbiorowym zaopatrzeniu w wodę i zbiorowym odprowadzaniu ścieków, zbiorowe zaopatrzenie w wodę i zbiorowe odprowadzanie ścieków jest zadaniem własnym gminy. Zgodnie z art. 2 pkt 21 ww. ustawy przez zbiorowe zaopatrzenie w wodę rozumie się działalność polegającą na ujmowaniu, uzdatnianiu i dostarczaniu wody, prowadzoną przez przedsiębiorstwo wodociągowo-kanalizacyjne. Z kolei zgodnie z art. 2 pkt 20 ww. ustawy przez zbiorowe odprowadzanie ścieków rozumie się działalność polegającą na odprowadzaniu i oczyszczaniu ścieków, prowadzoną przez przedsiębiorstwo wodociągowo-kanalizacyjne. Ustawa nie wprowadza wyłączeń wskazujących, że zadaniem własnym gminy jest jedynie dostarczanie wody do gospodarstw domowych czy odprowadzanie jedynie ścieków bytowych. Co więcej, przedsiębiorstwo wodociągowo-kanalizacyjne jest obowiązane do zawarcia umowy o zaopatrzenie w wodę lub odprowadzanie ścieków z osobą, której nieruchomość została przyłączona do sieci i która wystąpiła z pisemnym wnioskiem o zawarcie umowy (art. 6 ust. 2 ww. ustawy).

W tym stanie rzeczy, Izba stwierdziła, iż działalność Przystępującego podlegająca ocenie pod względem spełnienia wymaganego w art. 67 ust. 1 pkt 12 lit. b ustawy Pzp parytetu przychodów, mieści się w zakresie pojęcia „działalności dotyczącej wykonywania zadań powierzonych", gdyż stanowi działalność wykonywaną na podstawie uchwały organu

stanowiącego jednostki samorządu terytorialnego powierzającej do wykonywania zadania własne tej jednostki. Spółka Przystępującego została powołana w celu realizacji zadań własnych Gminy Miasto Tomaszów Mazowiecki polegających na świadczeniu usług komunalnych w zakresie gospodarki wodnokanalizacyjnej oraz ściekowej, co potwierdza zarówno treść umowy spółki (§ 8 st. 1), jak i treść uchwały Rady Miejskiej Tomaszowa Mazowieckiego z dnia 29 grudnia 1999 r. Odwołujący w żaden sposób nie uzasadnił swojego stanowiska, dlaczego w zakresie obejmującym dostawę wody dla odbiorców innych niż gospodarstwa domowe oraz odbiór ścieków innych niż bytowe działalność ZGWK miałaby stanowić działalność komercyjną. W szczególności nie uprawdopodobnił on, aby działalność Przystępującego, omówiona przez Zamawiającego w informacji o zamiarze zawarcia umowy, nie stanowiła realizacji zadań własnych gminy i wykonywania zadań powierzonych.
W postępowaniu odwoławczym Odwołujący nie odniósł się także do stosunkowo szerokiej argumentacji przedstawionej w tym zakresie przez Zamawiającego i Przystępującego w złożonych pismach procesowych.

Niejasne jest również stwierdzenie Odwołującego, iż „znamienna jest struktura wpływów, które niemal w całości pochodzą z opłat uiszczanych przez mieszkańców i inne podmioty, nie przez Zamawiającego.” Zdaje się, że to właśnie kwestia uzyskiwania przychodów z opłat od odbiorców, jako wyartykułowana w petitum odwołania, miała stanowić sedno zarzutu i wskazywać na komercyjny charakter tych przychodów. Powyższe stanowisko również nie zostało jednak przez Odwołującego wyjaśnione ani poparte jakimikolwiek danymi.

W ocenie Izby okoliczność, że wpływy pochodzić mogą z opłat od mieszkańców, a nie bezpośrednio od Zamawiającego, pozostaje bez znaczenia dla oceny spełnienia przez Przystępującego wymaganego w art. 67 ust. 1 pkt 12 lit. b ustawy Pzp poziomu przychodów z działalności dotyczącej wykonywania zadań powierzonych przez Zamawiającego. Ww. przepis nie uzależnia możliwości zaliczenia określonej działalności jako dotyczącej wykonywania zadań powierzonych przez zamawiającego sprawującego kontrolę od źródła przychodu. Istotne jest to czy przychód jest związany z konkretnym poleceniem podmiotu Zamawiającego, Zamawiający nie musi być płatnikiem za daną usługę. Powyższe znajduje potwierdzenie nie tylko w poglądach doktryny, ale i w orzecznictwie TSUE. W szczególności należy tutaj przywołać wyrok z dnia 11 maja 2006 r. w sprawie C-340/04 Carbotermo, gdzie Trybunał wprost wskazał, iż „można uznać, że przedsiębiorstwo wykonuje swoją działalność w przeważającym zakresie na rzecz kontrolującej go jednostki w rozumieniu wspomnianego powyżej wyroku w sprawie Teckal, tylko jeżeli działalność tego przedsiębiorstwa poświęcona jest głównie tej jednostce, a ewentualna pozostała działalność ma charakter marginalny (...) decydujący charakter ma przychód uzyskany przez przedsiębiorstwo dzięki decyzjom jednostki kontrolującej o udzieleniu mu zamówień, obejmujący przychód uzyskany od beneficjentów usług w wykonaniu tych decyzji. (...) W istocie uwzględnić należy wszelką działalność przedsiębiorstwa, któremu instytucja zamawiająca udzieliła zamówienia wykonywaną przez to przedsiębiorstwo w ramach zamówienia i to niezależnie, czy na rzecz samej instytucji zamawiającej, czy na rzecz beneficjentów usług. Nie ma znaczenia, kto płaci wynagrodzenie temu przedsiębiorstwu - jednostka samorządu terytorialnego sprawująca kontrolę, czy też osoby trzecie będące beneficjentami usług świadczonych na podstawie koncesji lub innych stosunków prawnych nawiązanych przez tę jednostkę. (...) Przy ocenie, czy przedsiębiorstwo wykonywało swoją działalność w przeważającym zakresie na rzecz kontrolującej go jednostki samorządu terytorialnego, należy uwzględnić wszelką działalność wykonywaną przez to przedsiębiorstwo na podstawie zamówienia udzielonego mu przez instytucję zamawiającą, niezależnie od tego, kto płaci wynagrodzenie za wykonywanie tej działalności - sama instytucja zamawiająca, czy też beneficjenci świadczonych usług - oraz bez względu na obszar, na którym działalność ta jest wykonywana.”

Co istotne, okoliczność, że Przystępujący otrzymuje opłaty za świadczone usługi związane z dostawą wody i odbiorem ścieków od odbiorów tych usług, a nie Zamawiającego jest regulowana przepisami rangi ustawowej. Jak wynika z ustawy o zbiorowym zaopatrzeniu w wodę i zbiorowym odprowadzaniu ścieków, dostarczanie wody lub odprowadzanie ścieków odbywa się na podstawie pisemnej umowy o zaopatrzenie w wodę lub odprowadzanie ścieków zawartej między przedsiębiorstwem wodociągowo-kanalizacyjnym a odbiorcą usług (art. 6 ust. 1), umowa zawiera w szczególności postanowienia dotyczące sposobu i terminów wzajemnych rozliczeń (art. 6 ust. 3 pkt 2), natomiast brak uiszczenia przez odbiorcę usług należności za pełne dwa okresy obrachunkowe, następujące po dniu otrzymania upomnienia w sprawie uregulowania zaległej opłaty może stać się podstawą do odcięcia dostaw wody lub zamknięcia przyłącza kanalizacyjnego (art. 8 ust. 1 pkt 2). Idąc tokiem rozumowania Odwołującego, należałoby uznać, że działalność spółki, która realizuje zadanie własne gminy z zakresu zbiorowego zaopatrzenia w wodę i zbiorowego odprowadzania ścieków na podstawie uchwały organu stanowiącego i która ustawowo zobowiązana jest do bezpośredniego pobierania opłat od odbiorców usług, nie mogłaby być w ogóle traktowana jako działalność dotycząca wykonywania zadań powierzonych. Powyższe jawi się jako całkowicie nieuzasadnione i nie znajdujące żadnego oparcia w obowiązujących przepisach.

Przechodząc do kolejnego zarzutu, należy wskazać, iż Odwołujący upatrywał naruszenia art. 67 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 67 ust. 8 i 9 ustawy Pzp również w przyjęciu przez Zamawiającego, że dane dotyczące średniego przychodu za 3 lata poprzedzające udzielenie zamówienia dotyczące Przystępującego są adekwatne i w związku z tym procent działalności można ustalić za pomocą danych z okresu ostatnich lat obrotowych, podczas gdy w wyniku reorganizacji spółki dane te są nieaktualne i nieadekwatne, a Zamawiający zobowiązany był wykonać wiarygodne prognozy finansowe dla wykazania sposobu obliczenia wskaźnika procentowego. Odwołujący swoją argumentację opierał przede wszystkim na okoliczności, iż zmiana zakresu działalności Przystępującego stanowi reorganizację, o której mowa w art. 67 ust. 9 ustawy Pzp, co z kolei powoduje, że dla obliczenia % działalności, jaka dotyczy wykonywania zadań powierzonych, Zamawiający powinien odwołać się do wiarygodnej prognozy handlowej, a nie dotychczasowych danych.

W tym kontekście, w pierwszej kolejności, należy zwrócić uwagę na treść art. 67 ust. 8 i 9 ustawy Pzp. Zgodnie z art. 67 ust. 8 ustawy Pzp do obliczania procentu działalności, o którym mowa w ust. 1 pkt 12 lit. b, pkt 13 lit. b, pkt 14 lit. b i pkt 15 lit. c, uwzględnia się średni przychód osiągnięty przez osobę prawną lub zamawiającego w odniesieniu do usług, dostaw lub robót budowlanych za 3 lata poprzedzające udzielenie zamówienia. Z kolei jak stanowi art. 67 ust. 9 ustawy Pzp, w przypadku gdy ze względu na dzień utworzenia lub rozpoczęcia działalności przez osobę prawną lub zamawiającego lub reorganizację ich działalności dane dotyczące średniego przychodu za 3 lata poprzedzające udzielenie zamówienia są niedostępne lub nieadekwatne, procent działalności, o którym mowa w ust. 1 pkt 12 lit. b, pkt 13 lit. b, pkt 14 lit. b i pkt 15 lit. c, ustala się za pomocą wiarygodnych prognoz handlowych.

Jak wynika z literalnego brzmienia ww. regulacji, co do zasady, do obliczania procentu działalności uwzględnia się średni przychód za 3 lata poprzedzające udzielenie zamówienia. Procent działalności ustala się za pomocą wiarygodnych prognoz handlowych tylko w przypadku, gdy ze względu na dzień utworzenia lub rozpoczęcia działalności przez osobę prawną lub reorganizację jej działalności dane dotyczące średniego przychodu za 3 lata poprzedzające udzielenie zamówienia są niedostępne lub nieadekwatne. Oznacza to, że aby weryfikować % działalności na podstawie prognoz handlowych musi nastąpić sytuacja, w której albo miało miejsce utworzenie nowego podmiotu lub rozpoczęcie przez ten podmiot działalności, albo miała miejsce jego reorganizacja. Co istotne, zaistnienie powyższych okoliczności nie oznacza jeszcze automatycznej konieczności korzystania z wiarygodnych prognoz handlowych. Taki obowiązek powstaje dopiero w chwili, gdy dane dotyczące średniego przychodu za 3 lata poprzedzające są niedostępne lub nieadekwatne. Tak jak w przypadku powstania nowego podmiotu czy też rozpoczęcia przez niego działalności naturalnym i logicznym jest, że dane dotyczące średniego przychodu z działalności za 3 lata poprzedzające nie są dostępne, tak sam fakt reorganizacji podmiotu nie świadczy jeszcze o tym, że dane dotychczasowe stają się nieadekwatne. W przeciwnym wypadku ustawodawca zdecydowałby się na precyzyjne wskazanie, iż w przypadku reorganizacji osoby prawnej procent działalności, o którym mowa w art. 67 ust. 1 pkt 12 lit. b) ustawy Pzp, ustala się za pomocą wiarygodnych prognoz handlowych, bez odwoływania się - jak ma to miejsce w treści art. 67 ust. 9 ustawy Pzp - do kwestii adekwatności danych z 3 lat poprzedzających udzielenie zamówienia.

Należy wskazać, iż krajowe regulacje są zbliżone w swojej treści z postanowieniami Dyrektywy. Zgodnie z art. 12 ust. 5 Dyrektywy klasycznej do celów ustalenia odsetka działalności, o którym mowa w ust. 1 akapit pierwszy lit. b), ust. 3 akapit pierwszy lit. b) i ust. 4 lit. c) uwzględnia się średni całkowity obrót - lub odpowiednią alternatywną miarę opartą na działalności, taką jak koszty poniesione przez odnośną osobę prawną lub instytucję zamawiającą - w odniesieniu do usług, dostaw i robót budowlanych za trzy lata poprzedzające udzielenie zamówienia. Jeżeli, ze względu na datę utworzenia odnośnej osoby prawnej lub instytucji zamawiającej, lub rozpoczęcia przez nie działalności lub ze względu na reorganizację ich działalności, dane dotyczące obrotu - lub alternatywna miara oparta na działalności, taka jak koszty - za poprzednie trzy lata są niedostępne lub nieprzydatne, wystarczające jest wykazanie, że miara działalności jest wiarygodna, szczególnie za pomocą prognoz handlowych. Również ustawodawca unijny odwołuje się do możliwości przedstawienia prognoz handlowych w przypadku niedostępności lub nieprzydatności danych dotyczących obrotu za trzy lata, jako podstawowy sposób obliczania % działalności wskazując uwzględnienie dotychczasowych danych finansowych podmiotu. Zauważyć należy, iż orzecznictwo unijne akcentuje, że metoda określenia tego odsetka powinna być miarodajna i adekwatna, oparta na faktycznej działalności, wskazując na pierwszeństwo wzięcia pod uwagę dotychczasowej działalności podmiotu (wykonawcy). Zwrócić należy tu uwagę na wyrok TSUE z 6 lutego 2017 r. w sprawie o sygn. C-553/15 Undis Servizi Srl, gdzie wskazano, iż „w celu ustalenia, czy podmiot, któremu udzielono zamówienia, wykonuje zasadniczą część swojej działalności na rzecz jednostek samorządu terytorialnego, które są jego wspólnikami i które sprawują nad nim łącznie kontrolę analogiczną do tej, jaką sprawują nad własnymi służbami, należy wziąć pod uwagę wszystkie okoliczności danej sprawy, wśród których może znajdować się działalność, jaką ów podmiot, któremu udzielono zamówienia, wykonywał dla

tych samych jednostek samorządu terytorialnego, zanim taka łączna kontrola stała się skuteczna.”

W tym stanie rzeczy należy podkreślić, że aby skutecznie stawiać zarzut zaniechania oparcia się przez Zamawiającego na wiarygodnych prognozach handlowych, należy wykazać, że dane za 3 lata poprzedzające udzielenie zamówienia, na których oparł się Zamawiający w informacji o zamiarze zawarcia umowy, stały się nieadekwatne. Obowiązkowi temu Odwołujący nie sprostał. Jak zasygnalizowano już we wcześniejszej części uzasadnienia, jakkolwiek to Zamawiający w informacji o zamiarze zawarcia umowy zobowiązany jest wykazać spełnienie przesłanek do udzielenia zamówienia in-house oraz poprzeć swoje stanowisko wiarygodną dokumentacją w toku postępowania odwoławczego, to powyższe nie zwalnia Odwołującego z obowiązku wykazania własnych twierdzeń mających wskazywać na naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy. Jeżeli Odwołujący opierał zarzuty na tym, że Zamawiający powinien był obliczyć % działalności osoby prawnej dotyczącej wykonywania zadań powierzonych w oparciu o wiarygodne prognozy handlowe, a nie dotychczasowe dane finansowe spółki Przystępującego, to powinien był wykazać nieadekwatność tych dotychczasowych danych, ich nieprzydatność dla oceny tego wskaźnika.

Tymczasem Odwołujący skupił się na wywodach mających wskazywać, że w przedsiębiorstwie Przystępującego doszło do reorganizacji, marginalizując kwestię wykazania, że z tego względu dotychczasowe dane finansowe Przystępującego stały się nieadekwatne. Uzupełniająco jedynie podkreślić należy, iż nawet argumentację odnoszącą się do rozumienia pojęcia reorganizacji Odwołujący przedstawiał w sposób wybiórczy - co prawda powołał się na wypowiedź Podsekretarza Stanu w Ministerstwie Rozwoju, pana M. H., wskazując, że pod pojęciem reorganizacji zdefiniował on „przekształcenia podmiotowe, reorganizację struktury właścicielskiej, zmiany zakresu działalności”, pominął jednakże dalszą część tej wypowiedzi, z której wynikało, że reorganizacji działalności nie należy utożsamiać ze zmianą przepisów prawa z zakresu zamówień publicznych i chęcią powierzenia spółkom po dniu 1 stycznia 2017 r. nowych zadań, które dotychczas nie były świadczone przez te podmioty.

Izba zważyła, że jedyną merytoryczną argumentacją podniesioną w odwołaniu w kontekście nieadekwatności danych dotyczących przychodów za trzy lata poprzedzające udzielenie zamówienia była okoliczność, że z uwagi na konieczność dokonywania dalszych inwestycji w celu realizacji zamówienia, takich jak zakup pojazdów lub ich pozyskanie w inny sposób, może dojść do sytuacji, w której spółka Przystępującego będzie musiała sięgać po przychody z innych źródeł, od podmiotów innych niż Zamawiający. W ocenie Izby zaprezentowana argumentacja to nic innego jak niczym nie poparte hipotezy. Odwołujący nie przedstawił okoliczności (nie mówiąc o jakichkolwiek dowodach), które mogłyby potwierdzać po pierwsze jego własne stanowisko o konieczności dokonywania dalszych inwestycji przez Przystępującego mogących wpływać na potrzebę wyjścia na rynek i pozyskiwania przychodów z innych źródeł, a po drugie wykazywać, jaki wpływ takie działanie mogłoby mieć na zmianę parytetu przychodów z działalności dotyczącej wykonywania zadań powierzonych. Odwołujący nie uprawdopodobnił także swoich twierdzeń o tym, że Przystępujący będzie zawierał komercyjne umowy na odbiór i zagospodarowanie odpadów z nieruchomości niezamieszkałych, również poprzestając na gołosłownych hipotezach.

Podnoszone w odwołaniu okoliczności odnoszące się do tego, czego Zamawiający wymagał dotychczas od wykonawcy realizującego usługę odbioru i zagospodarowania odpadów oraz co dotychczas zakupił Przystępujący, pozostają bez znaczenia dla kwestii oceny adekwatności danych historycznych w zakresie przychodów tego podmiotu z działalności dotyczącej wykonywania zadań powierzonych. Odwołujący nie przedstawił żadnych wiarygodnych danych mogących chociażby uprawdopodobnić okoliczność, że z uwagi na konieczność istotnych inwestycji w zasoby, Przystępujący będzie zmuszony realizować w szerszym zakresie działalność komercyjną. Co znamienne, Odwołujący - mając świadomość, że przedmiot zamówienia, które ma zostać udzielone z wolnej ręki, nie obejmuje zagospodarowania odpadów, lecz ich odbiór i transport do miejsc zagospodarowania, celem zobrazowania koniecznych do poniesienia nakładów, powołał się w odwołaniu na wymogi Zamawiającego stawiane w postępowaniach na odbiór i zagospodarowanie odpadów, które odbiegać mogą od wymogów stawianych w postępowaniach mających za przedmiot sam odbiór odpadów i ich transport, bez ich zagospodarowania.

W ocenie Izby irrelewantna dla oceny spełnienia wymaganego w art. 67 ust. 1 pkt 12 lit. b ustawy Pzp parytetu przychodów pozostaje także kwestia tego, czy Zamawiający ma obecnie gdzie zagospodarować odpady i czy brak możliwości zagospodarowania odpadów wpłynie na wydolność całego systemu. Są to okoliczności zależne od Zamawiającego, leżące w zakresie jego ustawowych obowiązków i niezrozumiałe jest powoływanie się na nie celem wykazania nieadekwatności danych dotyczących średnich przychodów za 3 lata poprzedzające udzielenie zamówienia. Odwołujący nie wyjaśnił także, w jaki sposób na konieczność posłużenia się wiarygodnymi prognozami handlowymi, a nie dotychczasowymi

danymi finansowymi, miałaby wpływać okoliczność, że system gospodarowania odpadami stanowi „zamknięty system finansowania" i nie może być dotowany przez gminę.

W dalszej kolejności zauważyć należy, że Zamawiający do odpowiedzi na odwołanie załączył obszerną dokumentację, która miała przede wszystkim potwierdzać wiarygodność dotychczasowych danych odnoszących się do przychodów Przystępującego. Odwołujący dysponując tą dokumentacją nie podjął jakiejkolwiek konstruktywnej polemiki z analizami finansowymi i prognozami tam przedstawionymi. W tym stanie rzeczy Izba stwierdziła, iż na gruncie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego brak jest podstaw do kwestionowania adekwatności danych dotyczących działalności Przystępującego za trzy lata poprzedzające udzielenie zamówienia, na które Zamawiający powołał się w informacji o zamiarze zawarcia umowy. Dane wskazane w treści informacji znalazły odzwierciedlenie w złożonych dokumentach, w tym w treści opinii firmy COMPER F. i Wspólnicy Sp. j. opartej na załączonych do niej sprawozdaniach finansowych ZGWK za lata 2016-2018, zestawieniu stanów i obrotów ZGWK za lata 2016-2018, sprawozdaniach zarządu z działalności, wykazach kont.

Na ich podstawie wątpliwości Izby nie budziła okoliczność, że ponad 90% działalności kontrolowanej osoby prawnej (Przystępującego) dotyczy wykonywania zadań powierzonych jej przez zamawiającego sprawującego kontrolę (Zamawiającego).

Izba za słuszne uznała stanowisko Zamawiającego i Przystępującego, iż powoływanie się przez Odwołującego na fakt zawarcia przez Zamawiającego z Gminą Tomaszów Mazowiecki porozumienia międzygminnego z dnia 18 grudnia 2015 r. stanowi rozszerzenie podstaw faktycznych odwołania poza granice zakreślone treścią zarzutów. Pomimo, iż prawdopodobnym jest, że Odwołujący wszedł w posiadanie przedmiotowego dokumentu dopiero w momencie kiedy otrzymał od Zamawiającego odpowiedź na odwołanie, tj. w dniu 30 września 2019 r., to nie można tracić z oczu okoliczności, że dokument ten stanowił akt prawa miejscowego i został opublikowany już w dniu 10 lutego 2016 r. w Dzienniku Urzędowym Województwa Łódzkiego pod poz. 648, podobnie jak jawna była uchwała Rady Miejskiej Tomaszowa Mazowieckiego z dnia 26 listopada 2015 r. nr XIX/192/2015 w sprawie zawarcia rzeczonego porozumienia. Co więcej, Zamawiający już w treści informacji o zamiarze zawarcia umowy, mimo iż bezpośrednio nie wskazał na fakt zawarcia porozumienia międzygminnego, to w strukturze przychodów (str. 16 Informacji) wyodrębnił przychody ze świadczenia usług dla Gminy Tomaszów Mazowiecki. Powyższe powoduje, że argumentacja podnoszona przez Odwołującego w tym zakresie była argumentacją spóźnioną. W konsekwencji kwestia oceny czy do przychodów z działalności dotyczącej zadań powierzonych przez Zamawiającego należy wliczać przychody, których źródłem był fakt zawarcia porozumienia międzygminnego opublikowanego 10 lutego 2016 r., nie podlegała rozstrzygnięciu Izby.

Na marginesie należy jedynie wskazać, iż przedstawione przez Zamawiającego na rozprawie stanowisko, iż przychody z działalności polegającej na dostarczaniu wody i odprowadzaniu ścieków dla Gminy Tomaszów Mazowiecki stanowiły ok. 1,5 % przychodów z działalności powierzonej, nie było przez Odwołującego kwestionowane. Z kolei jak wynika z przedstawionej przez Zamawiającego dokumentacji finansowej przychody z działalności realizowanej przez Przystępującego w konsekwencji zawartego porozumienia międzygminnego były marginalne w zestawieniu z pozostałymi przychodami. Powyższe powoduje, że kwestia ta pozostaje bez wpływu na dokonaną ocenę spełnienia przesłanki z art. 67 ust. 1 pkt 12 lit. b ustawy Pzp, bowiem jak wynika z przedstawionych przez Zamawiającego danych, średni przychód Przystępującego z trzech lat poprzedzających udzielenie zamówienia z działalności powierzonej przez Zamawiającego w sumie przychodów ze sprzedaży wynosił 99,73%, a zatem nawet przy nieuwzględnieniu spornych przychodów jako przychodów z działalności dotyczącej zadań powierzonych, wymagany na poziomie 90% parytet zostanie zachowany. Odwołujący, dysponując podczas rozprawy dokumentacją złożoną przez Zamawiającego wraz z odpowiedzią na odwołanie, w tym sprawozdaniami finansowymi ZGWK za lata 2016-2018, zestawieniem stanów i obrotów ZGWK za lata 2016-2018, opinią firmy COMPER F. i Wspólnicy Sp. j., nie podjął jakiejkolwiek próby podważenia twierdzeń Zamawiającego i Przystępującego podnoszonych w toku rozprawy w tym zakresie, w tym wskaźnika procentowego odnoszącego się do przychodów z działalności polegającej na dostarczaniu wody i odprowadzaniu ścieków dla Gminy Tomaszów Mazowiecki w przychodach z działalności powierzonej.

Izba nie podzieliła również stanowiska Odwołującego, jakoby liczenie przychodów wstecz możliwe było jedynie w przypadku, gdy działalność spółki wykonywana wcześniej pokrywa się z tą, która objęta jest zakresem zamówienia. W art. 67 ust. 1 pkt 12 lit. b) ustawy Pzp mowa jest wyłącznie o tym, że ponad 90% działalności kontrolowanej osoby prawnej dotyczy wykonywania zadań powierzonych jej przez zamawiającego sprawującego kontrolę, przepis nie wskazuje, że chodzi tu o działalność dotyczącą wykonywania zadań powierzonych mających być przedmiotem zamówienia udzielanego z wolnej ręki. Wnioski takie nie wypływają także z analizy treści art. 12 Dyrektywy klasycznej, wręcz przeciwnie - jak

wskazano już we wcześniejszej części uzasadnienia, orzecznictwo unijne akcentuje konieczność odnoszenia się do faktycznej działalności osoby prawnej, nie ograniczając jednak tej działalności wyłącznie do konkretnego jej aspektu mającego być przedmiotem zamówienia in-house. Zarówno art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, jak i art. 12 Dyrektywy kładą nacisk na ścisłą zależność pomiędzy zamawiającym a osobą prawną, której udzielane jest zamówienie (w tym na to, aby zdecydowana część działalności tej osoby prawnej dotyczyła zadań powierzonych przez zamawiającego), nie precyzując w jakim konkretnie aspekcie działalności ta ścisła zależność ma nastąpić. Pojawiające się w tym zakresie w doktrynie, nieliczne postulaty wskazujące, że % działalności, o którym mowa w art. 67 ust. 1 pkt 12 lit. b ustawy Pzp należy odnosić wyłącznie do usługi, jaką zamierza w trybie in-house zawrzeć zamawiający, nie znajdują oparcia w aktualnie obowiązujących przepisach i mogą być traktowane wyłącznie w kategorii postulatów de lege ferenda.

Wbrew twierdzeniom Odwołującego prezentowanym na rozprawie, na zasadność stanowiska przedstawionego w odwołaniu nie wskazuje także treść art. 67 ust. 8 ustawy Pzp i zawarte tam sformułowanie „w odniesieniu do usług, dostaw lub robót budowlanych,” W ocenie Izby z literalnej treści tego przepisu również nie można wywieść, że działalność spółki wykonywana wcześniej musi pokrywać się z tą będącą przedmiotem zamówienia, aby móc posłużyć się danymi dotyczącymi przychodów z trzech lat poprzedzających udzielenie zamówienia. Odwołanie się w treści tego przepisu do usług, dostaw lub robót budowlanych w ocenie Izby stanowi nic innego jak przedstawienie katalogu rodzajów działalności, jakie mogą być przedmiotem powierzenia. Katalogiem takim ustawodawca wielokrotnie powołuje się w treści przepisów ustawy Pzp, mając na celu wskazanie, że dana regulacja odnosi się do wszystkich rodzajów zamówień (dostaw, usług, robót budowlanych). Treść przepisu wskazuje także, że chodzi o przychód z działalności, a nie z innych źródeł. Ponadto sporna treść art. 67 ust. 8 ustawy Pzp transponowana została wprost z art. 12 ust. 5 Dyrektywy, gdzie zawarto sformułowanie analogiczne, z tą różnicą, że zamiast zastosowania alternatywy łącznej „lub” użył koniunkcji („w odniesieniu do usług, dostaw i robót budowlanych”), co tym bardziej wskazuje, że chodzi tu o cały zakres działalności. Wykładnia przepisów unijnych dokonywana przez TSUE nie wskazuje na konieczność interpretowania treści art. 12 Dyrektywy w sposób, jaki czyni to obecnie Odwołujący. Wręcz przeciwnie - akcent stawiany jest na faktycznie realizowaną działalność. W odniesieniu do zasad ustalania dopuszczalnego zakresu wykonywania działalności dodatkowej przez podmiot wewnętrzny w orzecznictwie unijnym wskazuje się, iż podstawowym kryterium dla oceny tej przesłanki jest udział przychodów podmiotu wewnętrznego wynikających z decyzji organu powierzającego świadczenie określonych usług w całkowitych przychodach z działalności wykonywanej przez ten podmiot, przy czym rozpatrywana powinna być wyłącznie działalność faktycznie wykonywana, a nie dopuszczalna w świetle postanowień statutu danego podmiotu (por. wyrok TSUE z 11 maja 2006 r. w sprawie C-340/04 Carbotermo, por. także W. Hartung, M. Bagłaj, T. Michalczyk, M. Wojciechowski, J. Krysa, K. Kuźma Dyrektywa 2014/24/UE w sprawie zamówień publicznych. Komentarz, wyd. C.H. Beck 2015).

Uznanie za słuszną argumentacji Odwołującego prowadziłoby do sytuacji, w której jednostka samorządu terytorialnego, decydując się na powierzenie istniejącej już osobie prawnej, realizującej na rzecz tej jednostki zadania powierzone stanowiące ponad 90% jej działalności, dalsze zadania, zmuszona byłaby każdorazowo powoływać się na wiarygodne prognozy handlowe, bez uwzględnienia okoliczności wynikających z danych za trzy lata poprzedzające udzielenie zamówienia, tymczasem wymóg taki nie wynika z wykładni językowej aktualnie obowiązujących i znajdujących zastosowanie w omawianej sprawie przepisów ustawy Pzp. W ocenie Izby treść przepisów ustawy Pzp i Dyrektywy w omawianym zakresie jest konkretna i pozwala stwierdzić, że przychód osoby prawnej powinien uwzględniać całokształt jej działalności, z czego ponad 90% musi dotyczyć wykonywania zadań powierzonych jej przez zamawiającego sprawującego nad tą osobą prawną kontrolę określoną w art. 67 ust. 1 pkt 12 lit. a ustawy Pzp. Tym samy, w ocenie Izby brak było podstaw do skierowania w tym zakresie pytania prejudycjalnego do Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, o które wnioskował Odwołujący (nie precyzując jednakże treści tego pytania).

Niezależnie od powyższego, nie sposób pominąć okoliczności wynikających ze zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, które potwierdzały nie tylko adekwatność danych dotyczących dotychczasowych przychodów, ale również fakt, że po udzieleniu Przystępującemu przedmiotowego zamówienia z wolnej ręki, warunek wynikający z art. 67 ust. 1 pkt 12 lit. b) ustawy Pzp zostanie utrzymany.

Jak szczegółowo omówiono powyższej, nie budziła wątpliwości okoliczność, że dane z trzech lat poprzedzających udzielenie zamówienia, na które Zamawiający powołał się w informacji o zamiarze zawarcia umowy - i które w ocenie Izby pozostają adekwatne - potwierdzały, że ponad 90% działalności Przystępującego stanowią działania dotyczące wykonywania zadań powierzonych przez Zamawiającego. Przedmiotem zamówienia, które ma zostać teraz Przystępującemu udzielone, jest odbiór i transport odpadów komunalnych, wchodzący w zakres spraw utrzymania czystości i porządku. Sprawy te stanowią zadania

własne gminy, co potwierdza art. 7 ust. 1 pkt 3 u.s.g., ale także art. 3 ust. 1 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.), który stanowi, iż utrzymanie czystości i porządku w gminach należy do obowiązkowych zadań własnych gminy. Oznacza to, że podmiotowi (Przystępującemu), który realizował już zadania własne gminy w zakresie dostaw wody i odbioru ścieków, powierzone zostanie kolejne zadanie własne gminy dotyczące gospodarowania odpadami komunalnymi. Zmiana organizacyjna polegać będzie więc jedynie na tym, że Przystępujący realizował będzie więcej zadań powierzonych przez Zamawiającego. Dotychczasowa działalność Przystępującego nie ulegnie zmianie i będzie kontynuowana, co pozwala stwierdzić, że w tym zakresie również struktura przychodów będzie zbliżona do dotychczasowej.

Izba uznała za wiarygodne stanowisko Zamawiającego, iż realizacja zadań nowopowierzonych stanowić będzie niedużą część działalności Przystępującego (ok. 15% przychodów) oraz przyjęte założenia, że działalność dodatkowa związana z powierzeniem usług z zakresu odbioru i transportu odpadów stanowić będzie poniżej 2% przychodów związanych z odbiorem odpadów i mniej niż 0,3% przychodów ze sprzedaży ogółem. Przy czym należy dodać, że zgodnie z warunkami umowy, jaka ma zostać zawarta, Przystępujący będzie uprawniony do prowadzenia działalności gospodarczej wykraczającej poza zakres usług oraz pozostałych powierzonych usług, wyłącznie w przypadku, gdy prowadzenie takiej działalności dodatkowej nie spowoduje braku spełnienia warunku określonego w art. 67 ust. 1 pkt 12 lit. b) ustawy Pzp (§ 10 ust. 1 lit. a umowy). Dodatkowo utrata przez Przystępującego statusu podmiotu wewnętrznego w trakcie realizacji umowy uprawniać będzie Zamawiającego do jej rozwiązania ze skutkiem natychmiastowym (§ 3 ust. 2 lit. a umowy).

Co istotne, powyższe stanowisko Zamawiającego bazowało bezpośrednio na danych dotyczących przyszłych przychodów, opartych na prognozie tych przychodów na cały okres obowiązywania umowy pomiędzy Zamawiającym a wykonawcą, przygotowanej w celu wyliczenia prognozowanej rekompensaty w poszczególnych latach kalendarzowych okresu powierzenia oraz maksymalnej rekompensaty w całym okresie powierzenia, zawartej w planie gospodarczym wykonawcy stanowiącym załącznik nr 7 do projektu umowy wykonawczej. W planie gospodarczym wyszczególniono konkretne dane co do prognozowanych przychodów z działalności obejmującej usługi powierzane w ramach zamówienia in-house, przychody z działalności dodatkowej oraz przychody ogółem obejmujące ww. rodzaje przychodów, a także przychody z dotychczas wykonywanego zadania powierzonego (z zakresu dostaw wody i odbioru ścieków). W ocenie Izby powyższa dokumentacja może być uznana za wiarygodną prognozę handlową w rozumieniu art. 67 ust. 9 ustawy Pzp. Pojęcie to

należy bowiem interpretować możliwe szeroko - jak wskazano w przywoływanej już opinii UZP mogą to być wszelkie dokumenty, wyceny, sprawozdania, bilanse, analizy finansowe zawarte porozumienia etc., zarówno sporządzone przez podmioty wyspecjalizowane, świadczące usługi w tym obszarze, ale również przez samych zainteresowanych, z których będą wynikać określone fakty.

W konsekwencji trudno uznać, aby rozszerzenie działalności spółki Przystępującego o nowe zadanie powierzone przez Zamawiającego wpływać miało na zmianę struktury przychodów w sposób, mogący przesądzać o niespełnieniu przesłanki z art. 67 ust. 1 pkt 12 lit. b ustawy Pzp. Ponownie podkreślić trzeba, że Odwołujący dysponując szczegółowymi danymi finansowymi spółki Przystępującego, które zostały mu ujawnione, nie przedstawił jakiejkolwiek argumentacji mogącej podważyć konkretne wnioski wskazywane przez jego przeciwników procesowych w kwestii dotychczasowych i przewidywanych przychodów.

W tym stanie rzeczy, Izba uznała zarzut naruszenia art. 67 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 67 ust. 8 i 9 ustawy Pzp za niepotwierdzony.

Za bezzasadny Izba uznała także ostatni z zarzutów odwołania odnoszący się do niewykazania przez Zamawiającego, że udzielenie zamówienia w trybie z wolnej ręki nie narusza zasad konkurencji wynikających z art. 49, art. 56, art. 102 i art. 106 TFUE i prowadzić będzie do nieuzasadnionego preferowania tylko jednego z wykonawców działających na rynku właściwym.

Skład orzekający Izby podziela prezentowany w orzecznictwie pogląd, iż z przepisów ustawy Pzp nie wynika, aby dla udzielenia zamówienia w trybie, jaki został zastosowany przez Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu, konieczne było spełnienie innych przesłanek niż wymienione w sposób enumeratywny w art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp. Zauważyć należy, że zgodnie z art. 10 ust. 2 ustawy 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. Udzielenie zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp stanowi właśnie jeden z takich

ustawowych przypadków - wyjątków od zasady prymatu trybów konkurencyjnych (przetargu nieograniczonego i ograniczonego). Brak jest zatem po stronie Zamawiającego obowiązku wykazania, że planując udzielenie zamówienia w trybie zamówienia z wolnej ręki nie narusza zasad konkurencji. Obowiązku takiego nie nakładają na Zamawiającego również przepisy unijne, w tym wskazywane przez Odwołującego przepisy TFUE (por. m.in. wyrok KIO z dnia 21 kwietnia 2017 r., sygn. akt KIO 625/17, z dnia 7 lutego 2017 r., sygn. akt KIO 96/17).

Powyższe nie stoi w sprzeczności ze stanowiskiem Izby wyrażonym w wyroku z dnia 11 marca 2019 r., sygn. akt KIO 305/19, w którym Izba stwierdziła iż obowiązkiem zamawiającego, mającego zamiar udzielenia zamówienia w innym trybie niż przetarg ograniczony i nieograniczony, jest ustalenie, iż w danym przypadku istnieją przesłanki umożliwiające odstąpienie od trybów konkurencyjnych. Jak wynika z uzasadnienia ww. orzeczenia Izba zaakcentowała w nim, że zamawiający przy badaniu, czy zachodzą przesłanki do udzielenia zamówienia z wolnej ręki, winien wykazać się należytą starannością. W dalszym ciągu chodzi tutaj jednak o badanie ustawowych przesłanek uprawniających do odstąpienia od trybów konkurencyjnych, a nie analizowania i wykazywania innych, nie wynikających z ustawy Pzp - w tym wypadku z art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp - okoliczności. Podkreślenia wymaga bowiem, iż badanie czy udzielenie zamówienia in-house nie stanowi nieuzasadnionego wyłączenia danego zamówienia z zakresu stosowania trybów konkurencyjnych, następuje wyłącznie poprzez pryzmat przesłanek określonych ustawą dla danego rodzaju zamówienia in-house.

W ocenie Izby wystarczające jest zatem wykazanie przez Zamawiającego, że spełnione zostały przesłanki określone w art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp. Kumulatywne ziszczenie się warunków wskazanych w tym przepisie powoduje, że w sytuacji udzielenia zamówienia z wolnej ręki, nie dochodzi do naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp i odwrotnie - udzielenie zamówienia w tym trybie przy niespełnieniu przesłanek z art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp jest równoznaczne z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji.

Nie sposób zgodzić się także ze stanowiskiem Odwołującego, jakoby decyzja Zamawiającego o udzieleniu zamówienia z wolnej ręki powinna zostać poprzedzona analizą rynku uprawniającą do stwierdzenia, że realizacja konkretnych zadań własnych nie jest w inny sposób możliwa, obejmującą w szczególności konsultacje rynkowe i wskazującą, że udzielenie zamówienia własnej spółce jest jedynym lub najlepszym rozwiązaniem. Również powyższe nie znajduje oparcia w treści ustawy Pzp. Podnoszone przez Odwołującego okoliczności związane z przeprowadzeniem odpowiedniej analizy rynku i opłacalności udzielenia zamówienia własnej spółce podlegać mogą ewentualnej weryfikacji na gruncie dyscypliny finansów publicznych, nie stanowią jednak dodatkowej okoliczności niezbędnej do wykazania w celu spełnienia przesłanek określonych w art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, ponieważ ustawa nie przewiduje obowiązku poprzedzenia udzielenia zamówienia z wolnej ręki analizą konkurencji na rynku właściwym. Przy czym nadmienić należy, że Zamawiający w treści informacji o zamiarze zawarcia umowy wskazał, iż na zlecenie Zamawiającego wyspecjalizowany podmiot „wykonał usługę polegającą na opracowaniu i wprowadzaniu infrastruktury ekonomiczno - prawnej w udzieleniu zamówień typu in-house w zakresie gospodarowania odpadami komunalnymi. Prognozy wykonane przez autorów przygotowanej analizy dały podstawy do stwierdzenia, że zlecenie usługi odbioru odpadów komunalnych spółce będzie wymierną korzyścią dla mieszkańców miasta Tomaszowa Mazowieckiego przede wszystkim poprzez zmniejszenie kosztów gospodarki odpadami komunalnymi.” Powyższe tym bardziej czyni zarzut Odwołującego niezasadnym, jako że Zamawiający dochował w tym zakresie należytej staranności.

Dalej wskazać należy, iż wymóg publikacji informacji o zamiarze zawarcia umowy, wynikający z art. 67 ust. 11 ustawy Pzp, czy też uprawnienie do publikacji ogłoszenia o dobrowolnej przejrzystości ex ante, wbrew twierdzeniom Odwołującego, nie mają na celu weryfikacji sytuacji na rynku w zakresie planowanego zamówienia, lecz umożliwienie wykonawcom - jeszcze przed zawarciem umowy - kontroli legalności zastosowanego trybu udzielenia zamówienia. Instytucje te gwarantują wykonawcom po pierwsze pozyskanie informacji o prowadzonym postępowaniu, a po drugie możliwość zakwestionowania zastosowanego trybu udzielenia zamówienia i wniesienie w tym zakresie środków ochrony prawnej, jak również pozwalają zamawiającemu uniknąć negatywnych konsekwencji związanych z ewentualną koniecznością unieważnienia umowy zawartej w wyniku udzielenia zamówienia z wolnej ręki z naruszeniem przepisów. Nałożenie na zamawiającego obowiązku opublikowania informacji o zamiarze zawarcia umowy w trybie określonym w art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, niewątpliwie jest przejawem ochrony konkurencji i zapewnienia transparentności postępowania. Natomiast nie było intencją ustawodawcy, aby w przypadku zainteresowania się innych podmiotów zamówieniem in-house zamawiający zobowiązany był przerwać rozpoczętą procedurę zmierzającą do udzielenia zamówienia w tym trybie i przeprowadzić postępowanie w jednym z trybów konkurencyjnych.

Za niezasadne Izba uznała również dalsze wywody przedstawione w odwołaniu dotyczące podjęcia przez Zamawiającego działań polegających na oferowaniu pracy pracownikom Odwołującego, czynieniu inwestycji ze środków publicznych na infrastrukturę czy zamiarze zawłaszczenia rynku odbioru odpadów. W ocenie Izby są to niczym nie poparte, ogólne twierdzenia, w żaden sposób nie uprawdopodabniające naruszenia konkurencji poprzez zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki i nie wpływające na ocenę trzech enumeratywnie wymienionych w art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp przesłanek.

W konsekwencji zarzut naruszenia art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp oraz innych wskazanych w uzasadnieniu odwołania w powyższym zakresie przepisów, w tym art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, nie potwierdził się.

Mając na uwadze wszystko powyższe, Izba uznała, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie i na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz na podstawie § 3 pkt 1) 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).

Przewodniczący: .....