Sygn. akt: KIO 3399/20

WYROK
z dnia 27 stycznia 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:
Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff
Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **14 i 25 stycznia 2021 r. w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w **21 grudnia 2020 r.** przez wykonawcę **Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych S.A., ul. Bażancia 1a, 62-800 Kalisz** w postępowaniu prowadzonym przez **Miasto Kalisz, Główny Rynek 20, 62-800 Kalisz**
przy udziale wykonawcy **Przedsiębiorstwo Oczyszczania Miasta EKO Sp. z o.o., ul. Zjazd 23, 62-800 Kalisz** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego
przy udziale wykonawcy **Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o.w Kaliszu, ul. Nowy Świat 2A, 62-800 Kalisz** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1.**oddala odwołanie**
2.kosztami postępowania obciąża **Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych S.A.,ul. Bażancia 1a, 62-800 Kalisz** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych S.A., ul. Bażancia 1a, 62-800 Kalisz** tytułem wpisu od odwołania.
2.2. zasądza od wykonawcy Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych S.A., ul. Bażancia 1a, 62-800 Kaliszna rzecz Miasta Kalisz, Główny Rynek 20, 62-800 Kaliszkwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 16 października 2018 r. poz. 1986 ze zm.) na niniejszy wyrok -
w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie.**

Przewodniczący:

……

Sygn. akt: KIO 3399/20
U z a s a d n i e n i e

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone trybie przetargu nieograniczonego na: *„Ustawienie pojemników na odpady oraz odbiór i transport odpadów komunalnych z terenu Cmentarza Komunalnego przy ul. Poznańskiej 183-185 i Cmentarza Wojskowego przy ul. Żołnierskiej 24 w Kaliszu wraz z zagospodarowaniem odebranych odpadów*' BCK.271.06.1.2020, zostało wszczęte ogłoszeniem w Biuletynie Zamówień Publicznych Nr 550545083-N-2020, data zamieszczenia 15.12.2020 r. przez Miasto Kalisz, Główny Rynek 20, 62-800 Kalisz zwane dalej: *„Zamawiającym'*. W jego ramach zawarł następujące uzasadnienie w pkt 5 ogłoszenia: *„(…) Zamówienie zostanie udzielone Przedsiębiorstwu Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o. (dalej „PWiK" lub „Wykonawca"), ul. Nowy Świat 2A. 62-800 Kalisz w trybie zamówienia z wolnej ręki w oparciu o art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp z uwagi na łączne spełnienie poniższych przesłanek:*
a) Miasto Kalisz jako zamawiający, o którym mowa w art. 3 ust. I pkt I ustawy Pzp. 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 tj.: Miasto Kalisz jest jedynym wspólnikiem, posiada 100% udziałów w P WiK i 100% głosów na Walnym Zgromadzeniu Wspólników. a jego prawo do głosowania nie jest jakikolwiek sposób ograniczone. Poprzez posiadane udziały i głosy na Zgromadzeniu Wspólników sprawuje pełną kontrolę nad Wykonawcą i ma wpływ na jej cele strategiczne oraz istotne decyzje dotyczące zarzadzania sprawami Wykonawcy.
b) ponad 90% działalności kontrolowanej osoby prawnej dotyczy wykonywania zadań powierzonych jej przez zamawiającego sprawującego kontrolę, o której mowa w lit. a
W latach 2017-2019 94,4 % działalności PWiK dotyczyło działalności powierzonej przez Miasto Kalisz. Procent ten wyliczono według średniego przychodu osiągniętego przez PWiK za 3 lata poprzedzające udzielenie zamówienia (2017-2019) z podstawowej działalności objętej taryfą za zbiorowe zaopatrzenie w wodę i zbiorowe odprowadzanie ścieków, gdzie średni przychód Wykonawcy w tych latach wyniósł 48.231.1 tys. PLN / rok,a średni przychód z działalności powierzonej przez Miasto Kalisz wyniósł 45.518.6 tys. PLN/ rok. W poszczególnych latach średnie przychody kształtowały się następująco: Średni przychód Wykonawcy w PLN wyniósł w 2017r. - 45.299,5 tys., w 2018r. - 49.275,7 tys., natomiast w 2019r. - 50.118,3 tys. Średni przychód z działalności powierzonej przez Miasto Kalisz w PLN wniósł2017r. - 42.963,8 tys., w 2018r. - 46.544,2 tys., natomiast w 2019r. - 45.518.6 tys.
c) w kontrolowanej osobie prawnej nie ma bezpośredniego udziału kapitału prywatnego, tj.
Zgodnie z postanowieniami § 9 Umowy Spółki PWiK wszystkie udziały Wykonawcy należą do Miasta Kalisz, co zostało również uwidocznione aktualnym wpisie w Dziale I w Krajowym Rejestrze Sądowym, gdzie Wykonawca widnieje pod numerem 0000010157.
Powyższe informacje znajdują potwierdzenie w piśmie Wykonawcy z dnia 19.11. 2020 r. Tym samym zostały spełnione przesłanki zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki, o których mowa w art.67 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp. (…)".

W dniu 21.12.2020 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej - ePUAP) Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych S.A., ul. Bażancia 1a, 62-800 Kalisz zwane dalej: *„Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych S.A.* albo *„Odwołującym'* wniosła odwołanie na treść ogłoszenia. Kopie odwołania Zamawiający otrzymał 21.12.2020 r. (e-mailem). Odwołujący zarzucił Zamawiającemu:
1. art. 67 ust 1 pkt 12 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 27 września 2019 r. poz. 1843 z późn. zm.) zwanej dalej: *„Pzp'* albo *„p.z.p'* albo *„ustawy Pzp'* w zw. z art. 67 ust. 8 Pzp poprzez bezpodstawne uznanie, że zachodzą przesłanki do udzielenia PWiK zamówienia w trybie zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 12 Pzp, w sytuacji gdy:
a) Zamawiający nie wykazał zaistnienia jednej z trzech przesłanek udzielenia zamówienia w tym trybie, tj. przesłanki

określonej w lit. b) zgodnie z którą ponad 90% działalności kontrolowanej osoby prawnej dotyczy wykonywania zadań powierzonych jej przez zamawiającego sprawującego kontrolę lub przez inną osobę prawną, nad którą zamawiający sprawuje kontrolę, o której mowa w lit. a), gdyż w uzasadnieniu nieprawdziwe dane odnoszące się do procentowego udziału tej działalności w działalności spółki,
b) a ponadto z informacji posiadanych przez Odwołującego wynika, że procent przychodu z zadań powierzonych PWiK przez Zamawiającego nie osiąga wymaganych 90%;
2. art. 67 ust 1 pkt 12 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 18 ust. 1 Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE (Tekst mający znaczenie dla EOG, Dz.U. L94 z 28.3.2014, s. 65, dalej: „Dyrektywa") w zw. z art. 9 ust 1 w zw. z art. 9 ust 2 pkt 5 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów z dnia 16 lutego 2007 r. (tj. z dnia 1 lutego 2019 r., Dz. U. wszczęcie postępowania w trybie niekonkurencyjnym w celu wyłączenia zamówienia z zakresu stosowania Dyrektywy oraz w celu sztucznego zawężenia konkurencji z zamiarem działania na korzyść wykonawcy PWiK, co stanowi nadużycie pozycji dominującej na rynku właściwym polegające na przeciwdziałaniu ukształtowania się warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji;
z ostrożności, w przypadku uznania, że zachodziły przesłanki do udzielenia zamówienia na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 12 PZP
3. art. 7 ust 1 PZP w zw. z art. 49, art. 56, art. 102 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (wersja skonsolidowana, dalej: *„TFUE"*) w zw. z art. 9 ust 1 w zw. z art. 9 ust 2 pkt 5 uokik poprzez wszczęcie postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki z naruszeniem podstawowych zasad TFUE, w szczególności zasady swobodnego przepływu towarów, swobody przedsiębiorczości oraz swobody świadczenia usług, a także zasad które się z nich wywodzą, takich jak zasady równego traktowania, niedyskryminacji, wzajemnego uznawania i przejrzystości, a także równej konkurencji. Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania oraz unieważnienie postępowania, jak i zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego zwrotu kosztów postępowania wywołanego wniesieniem niniejszego odwołania tj. wpisu od odwołania w kwocie 7.50,00 PLN (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych 00/100) oraz kosztów zastępstwa procesowego pełnomocnika w kwocie 3.600,00 PLN (słownie: trzy tysiące złotych 00/100) oraz kosztu opłaty skarbowej od pełnomocnictwa w wysokości 17 PLN (słownie: trzydzieści cztery złote 00/100).

Zarzut niewykazania wystąpienia przesłanki udzielenia zamówienia z wolnej ręki.

Zgodnie z informacją o zamiarze zawarcia umowy, Zamawiający wskazał, że zamierza udzielić Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o., ul. Nowy Świat 2A, 62-800 Kalisz zwana dalej:*„PWIK'* albo *„Przystępującym"* zamówienia z wolnej ręki na podstawie przepisu art. 67 ust. 1 pkt 12 PZP. Zgodnie z art. 10 ust. 1 PZP, podstawowymi trybami udzielania zamówienia są przetarg nieograniczony oraz przetarg ograniczony. Stosownie do ust. 2 przytoczonego przepisu, udzielenie zamówienia w pozostałych trybach (negocjacji z ogłoszeniem, dialogu konkurencyjnego, negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki, zapytania o cenę, partnerstwa innowacyjnego albo licytacji elektronicznej) jest możliwe tylko w przypadkach określonych w ustawie. Z przywołanych przepisów wynika, że przesłanki uprawniające do zastosowania trybu z wolnej ręki powinny być interpretowane ściśle, jako wyjątek od zasady udzielania zamówień w podstawowych trybach przewidzianych w ustawie. Jak wielokrotnie podkreślano w orzecznictwie, obowiązek wykazania wystąpienia przesłanek do zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki spoczywa na Zamawiającym. Tak m.in. w wyroku KIO z 03.03.2017 r., sygn. akt: KIO 328/17 (który w tym zakresie odwołuje się również do wyroku SN z dnia 6 lipca 200lr. sygn. akt: III RN 16/01), w którym:*„Podkreślenia wymaga, ze to na Zamawiającym spoczywa obowiązek wykazania istnienia przesłanek do zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki a wykazanie to i zastosowanie trybu niekonkurencyjnego, jako odstępstwo do zasady udzielania zamówień w trybach konkurencyjnych, nie może budzić ładnych wątpliwości Obowiązek publikacji ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy w trybie zamówienia z wolnej ręki, ma na celu umożliwienie innym podmiotom dokonania oceny, czy faktycznie istnieją podstawy do udzielenia zamówienia w trybie in-house. Zobowiązując Zamawiającego do zamieszczenia takiej informacji ustawodawca zapewnił ochronę zasady konkurencji i przejrzystości, a potencjalnym wykonawcom dał możliwość zweryfikowania spełniania m.in. przesłanek żart. 67 ust. 1 pkt 12 Pzp, którzy w przypadku przekonania, że brak jest podstaw do udzielenia zamówienia in-house w oparciu o ten przepis mają prawo wnieść odwołanie i w takim kontekście przedmiotowe odwołanie jest rozpoznawane przez Izbę. (podobne stanowisko wyraziła Krajowa Izba Odwoławcza o wyroku z dnia 7 lutego 2017 Sygn. akt KIO 96/17)*. W art. 67 ust. 1 pkt 12 Pzp wskazano, że udzielenie zamówienia w trybie zamówienia z wolnej ręki na podstawie przedmiotowej przesłanki, jest możliwe, 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. "

Zgodnie jednak z art. 67 ust. 8 PZP, którego Zamawiający zdaje się nie dostrzegać, do obliczania procentu działalności o której mowa w art. 67 ust. 1 pkt 12 lit. b) PZP, uwzględnia się średni przychód osiągnięty przez osobę prawną lub zamawiającego w odniesieniu do usług, dostaw lub robót budowlanych za 3 lata poprzedzające udzielnie zamówienia.

Analiza treści informacji o zamiarze zawarcia umowy prowadzą do wniosku, że o ile Zamawiający wykazał wystąpienie przesłanek określonych w lit. a) i c) art. 67 ust. 1 pkt 12 PZP, to w żaden sposób nie wykazał wystąpienia przesłanki określonej w lit. b) tego przepisu odnoszącej się do procentowego udziału działalności dotyczącej wykonywania zadań powierzonych spółce przez Zamawiającego sprawującego nad nią kontrolę.

Uzasadniając wystąpienie tej przesłanki, Zamawiający przedstawił jedynie, kilka ogólnych sformułowań dotyczących działalności PWiK. Stwierdził, że w latach 2017-2019 94,4% działalności PWiK dotyczyło działalności powierzonej przez Miasto Kalisz. Procent ten wyliczono według średniego przychodu osiągniętego przez PWiK za 3 lata poprzedzające udzielenie zamówienia (2017- 2019) z podstawowej działalności objętej taryfą za zbiorowe zaopatrzenie w wodę i zbiorowe odprowadzanie ścieków, gdzie średni przychód Wykonawcy w tych latach wyniósł 48.231.1 tys. PLN / rok, a średni przychód z działalności powierzonej przez Miasto Kalisz wyniósł 45.518.6 tys. PLN / rok. Nie podał jednak przy tym jakiekolwiek informacji dotyczącej procentowego udziału działalności dotyczącej wykonywania zadań powierzonych spółce (jego wysokości) stricte przez Zamawiającego oraz informacji, co do to tego w oparciu o jakie konkretnie dane został ustalony ten udział. Brak tych informacji uniemożliwia weryfikację prawidłowości zastosowania trybu niekonkurencyjnego i stanowi naruszenie przepisów ustawy, które może mieć istotny wpływ na wynik postępowania.

Przy tym zauważył, że w przypadku świadczonej sprzedaży i usług objętych taryfą za zbiorowe zaopatrzenie w wodę i zbiorowe odprowadzanie ścieków, wcale nie oznacza, że są to usługi powierzone PWiK przez Zamawiającego Miasto Kalisz. Wręcz przeciwnie - są to najczęściej usługi świadczone na rzecz podmiotów trzecich (osoby fizyczne,

osoby prawne, tzw. ułomne osoby prawne), które zawierają samodzielnie umowy z PWiK na dostawy wodyi odprowadzanie ścieków i to te podmioty właśnie w całości, samodzielnie uiszczają opłaty na rzecz PWiK. Jedynie z uwagi na swoisty monopol PWiK na terenie Miasta Kalisz (związanyz posiadaniem sieci wodociągowo-kanalizacyjnej) jest tak, że podmioty te są niejako „skazane" na PWiK, a żaden inny podmiot de facto nie jest w stanie świadczyć tożsamych usług na tym samym rynku, to jest na terenie Miasta Kalisz. Nie oznacza to jednak, że są to usługi powierzone przez Miasto Kalisz, bowiem:
- PWiK nie zawarło umów z Miastem Kalisz, na podstawie których dostarczałoby wodęi odprowadzało ścieki do i z nieruchomości, których właścicielami są wyżej wskazane podmioty, inne niż Miasto Kalisz,
- Miasto Kalisz w imieniu wyżej wskazanych podmiotów nie wnosi żadnych opłat na rzecz PWiK, lecz podmioty te opłacają usługi świadczone przez PWiK samodzielnie.

Za reprezentatywny w powyższym zakresie należy uznać przywoływany już powyżej wyrok KIO z dnia 3 marca 2017 r., sygn. akt KIO 328/17, w którym Izba stwierdziła:*„Zamawiający, na którym spoczywa ciężar wykazania przesłanek do zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki, winien w treści Informacji o zamiarze zawarcia umowy wskazać na spełnienie przesłanki z lit b i sposób ustalenia procentowego udziału zadań własnych w działalności kontrolowanej osoby prawnej, zaś w toku rozprawy przed Izbą Zamawiający winien wykazać spełnienie tej przesłanki, przedstawiając wiarygodne prognozy handlowe, w oparciu o które dokonał ustaleń. Inicjatywy w tym zakresie Zamawiający jednak nie podjął. W konsekwencji, brak wymaganego przepisami ustawy PZP uzasadnienia faktycznego wyboru trybu udzielenia zamówienia z wolnej ręki, dowodzi braku wykazania przez Zamawiającego przesłanek niezbędnych do udzielenia zamówienia w trybie in house, w szczególności braku spełnienia przesłanki z art. 67 ust. 1 pkt 12 lit b ustawy PZP. Okoliczność ta uniemożliwia weryfikację prawidłowości zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki i stanowi naruszenie przepisów ustawy, które może mieć istotny wpływ na wynik postępowania, co powoduje konieczność uwzględnienia odwołania przez Izbę i nakazania unieważnienia postępowania wszczętego w trybie zamówienia z wolnej ręki Prowadzone postępowanie z uwagi na wskazane wyżej uchybienia obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. W sytuacji bowiem zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki z naruszeniem przepisów ustawy, ewentualna przyszła umowa w sprawie zamówienia publicznego podlegałaby unieważnieniu (art. 93 ust 1 pkt 7 oraz 146 ust 1 pkt 1 ustawy PZP)."*

Niezależnie od powyższego, należy wskazał, że z informacji posiadanych przez Odwołującego wynika, iż procent przychodu z zadań powierzonych PWiK przez Zamawiającego nie osiąga wymaganych 90%. Zamawiający w treści ogłoszenia nie wskazał żadnych danych dotyczących średniego przychodu za 3 lata poprzedzające udzielenie zamówienia dotyczące PWiK od Miasta Kalisz, zatem nie sposób przyjąć, by samo zacytowanie w treści ogłoszenia przepisu art. 67 ust.l pkt 12 Pzp w związku z art. 67 ust. 8 PZP wraz ze wskazaniem, jakie są sumaryczne przychody w oparciu o taryfę przedsiębiorstwa wodociągowo-kanalizacyjnego, było adekwatne dla uznania, ze procent działalności wykonywanej przez PWiK na rzecz Zamawiającego został osiągnięty,w szczególności w sytuacji, gdy pozyskane przez Odwołującego dane dotyczące dotychczasowej działalności PWiK wyraźnie pokazują, że nie została spełniona przesłanka uprawniająca do zastosowania przez Zamawiającego trybu z wolnej ręki wskazana w art. 67 ust.l pkt 12 lit. b) ustawy PZP.

Dla przykładu - za Sprawozdaniem Zarządu z działalności za 2017 rok (str. 15), wskazał, że do klientów należało 10.927 podmiotów, wśród których:
- 8210 było odbiorcami indywidualnymi,
- 1289 to instytucje i osoby prowadzące działalność gospodarczą,
- 403 umowy ze spółdzielniami mieszkaniowymi,
- zaledwie 278 umowy dotyczące obiektów w zarządzie Miejskiego Zarządu Budynków Mieszkaniowych,
- 356 umowy na obiekty w zarządzie wspólnot mieszkaniowych,
- 341 umowy w administracji prywatnej,
- 50 umów z obiektami w zarządzie Zrzeszenia Właścicieli i Zarządców' Domów.

Dodatkowo dane za rok 2017 potwierdzają, że przyjęte przez Zamawiającego informacje o wysokości przychodów od Zamawiającego są nieprawdziwe, wskazuje zestawienie sprzedaży wody i odbiór ścieków. Według tych danych (str. 16 Sprawozdania z działalności) ogólna sprzedaż wody na rzecz gmin to 243,4 tys. m3, podczas gdy ogólnie sprzedaż wyniosła 4.639,2 tys. m3. Jest zatem oczywiste, że w ten sposób nie było możliwe uzyskanie przychodów ze strony Zamawiającego na poziomie przekraczającym 90%. Ponadto jak wskazuje się dalej, do Kaliskiej Spółdzielni Mieszkaniowej dostarczono 577,3 tys. m3 wody, a do SM „Dobrzeć" 361,8 tys m3, SM Budowlani to ilość 115,5 tys. m3. To powoduje, że już tylko dla tych trzech największych odbiorców dostarczono około 20% usług, co odpowiada w takiej wysokości przychodom. Wykluczone jest zatem, aby przychody z zadań zleconych przez Miasto Kalisz osiągnęło poziom 90%.

Analogiczna sytuacja występowała w latach kolejnych - 2018 i 2019, gdzie liczba podmiotów, na rzecz których świadczone były usługi, w tym dostawy wody i odbiór ścieków, zwiększała się. W roku 2018 było 11051 podmioty (str. 13 sprawozdania za 2018 rok), a w roku 2019- 11138 odbiorców usług (str. 13 sprawozdania za 2019 rok). W latach tych także nie ulegała znaczącym zmianom usługa dostaw wody i odbioru ścieków na rzecz największych kontrahentów, których udział przekroczył 20% (str. 14 obu sprawozdań).

Jak natomiast wynika ze sprawozdań finansowych za wyżej wskazane lata, PWiK nie prowadzi rozliczeń z podmiotami powiązanymi, i tak:
- Bilans za lata 2017-2019 w rubrykach należności długoterminowe i należności krótkoterminowe od jednostek powiązanych wskazuje kwoty 0,00 zł lub są puste,
- rachunki zysków i strat za lata 2017-2019 w rubrykach przychody netto ze sprzedaży produktów, towarów i materiałów, w rubryce „od jednostek powiązanych" są puste lub wskazują wartość 0,00 zł,
- wszystkie dokumenty za to w odpowiednich rubrykach dotyczących „należności od pozostałych jednostek) wskazują, że przychody w pełni są realizowane od podmiotów niebędących powiązanymi z PWiK, a tym samym także od podmiotów innych niż Zamawiający, który przecież jest podmiotem powiązanym, jako posiadający 100% udziałów w PWiK.

Jak wynika z powyższego, Zamawiający nie jest głównym odbiorcą usług sprzedawanych przez PWiK, a tyra samym nie jest głównym generatorem przychodu spółki, zatem uwzględniając, że za dostawę wody oraz odprowadzanie ścieków cenę płacą poszczególni usługobiorcy (przedsiębiorcy, osoby fizyczne oraz inne podmioty) nie sposób w żaden sposób uznać, by 90% przychodów PWiK w ostatnich 3 łatach pochodziło od Zamawiającego.

Zgodnie z treścią umowy spółki PWiK oraz informacją, którą zawiera podmiot ten na swojej stronie internetowej, a także w odpisie z KRS, głównym zadaniem jest pobór odprowadzanie i oczyszczanie ścieków, a także uzdatnianie i dostarczanie wody, roboty związane z budową rurociągów przesyłowych i sieci rozdzielczych. W dalszych punktach, przedmiotem działalności są:
a)pozostałe specjalistyczne roboty budowlane, gdzie indziej niesklasyfikowane (PKD 43.99.Z),
b)wytwarzanie energii elektrycznej (PKD 35.11 .Z),
c)pozostała sprzedaż detaliczna prowadzona poza siecią sklepową, straganami i targowiskami (PKD 47.99.Z),
d)wynajem i zarządzanie nieruchomościami własnymi lub dzierżawionymi (PKD 68.20.Z),

e)działalność w zakresie inżynierii i związane z nią doradztwo techniczne (PKD 71.12.Z),
f)pozostałe badania i analizy techniczne (PKD 71.20.B),
g)transport drogowy towarów (PKD 49.41 .Z).

PWiK zatem w ogóle dotychczas nie prowadzi działalności w zakresie gospodarki odpadami komunalnymi, w tym w zakresie ich odbioru od właścicieli nieruchomości.

Analiza dokumentów korporacyjnych złożonych przez PWiK w aktach rejestrowych KRS za lata 2017- 2019, w tym sprawozdań Zarządu, sprawozdań finansowych oraz opinii biegłych rewidentów, prowadzi do wniosku, że do chwili obecnej podstawowym przedmiotem działalności gospodarczej spółki PWiK jest:
•pobór, uzdatnianie i dostarczanie wody,
•odprowadzanie i oczyszczanie ścieków,
•roboty związane z budową rurociągów przesyłowych i sieci rozdzielczych,
•wykonywanie instalacji elektrycznych,
•wykonywanie instalacji wodno-kanalizacyjnych, cieplnych, gazowych i klimatyzacyjnych.

W tym miejscu dodatkowo należy wskazać, że PWiK - jak wynika z dokumentów korporacyjnych ujawnionych w aktach rejestrowych - nie przeprowadziły żadnej restrukturyzacji czy reorganizacji, która pozwalałby wiarygodnie stwierdzić, że po udzieleniu spółce zamówienia in-house nie dojdzie do udzielenia przedsiębiorcom, na rzecz których PWiK świadczą usługi związane z dostawą wody oraz odbiorem ścieków, pomocy publicznej poprzez subsydiowanie kosztów z tej działalności środkami publicznymi pochodzącymi od Zamawiającego, a uzyskiwanymi w ramach opłaty za gospodarowanie odpadami komunalnymi.

Co więcej, fakt, że ceny i stawki opłat za zbiorowe zaopatrzenie w wodę i zbiorowe odprowadzenie ścieków przedsiębiorstwo określa w formie taryf (art. 2 pkt 12 ustawy o zbiorowym zaopatrzeniu w wodę) nie oznacza, by przychody trafiające do PWiK od różnych użytkowników rynku właściwego, jakim jest rynek dostawy wody i odbioru ścieków, były przychodami o charakterze publicznym uzyskiwanym od Zamawiającego. W tym zakresie należy wskazać, że po pierwsze taryfy są zatwierdzane przez Gospodarstwo Wodne Wody Polskie, a nie przez Zamawiającego, a ponadto - jak wyraźnie wskazuje art. 6 ust. 1 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'*. Przepisy te nie pozostawiają zatem wątpliwości, że Miasto Kalisz nie jest podmiotem, który zleca PWiK dostarczanie wody i odprowadzanie ścieków.

Zupełnie inaczej sytuacja przedstawia się na rynku odbioru odpadów komunalnych, gdzie opłaty za gospodarowanie odpadami mają charakter quasi podatkowy i zawsze trafiają obligatoryjnie do budżetu gminy. Tym samym opłaty za gospodarowanie odpadami komunalnymi faktycznie stanowią środki publiczne wypłacane przez Zamawiającego albo wykonawcom wybranym w drodze przetargu albo spółkom komunalnym, którym zostało udzielone zamówienie in-house.

Powyższe potwierdza art. 2 pkt 3) ustawy z dnia 7 czerwca 2001 r. o zbiorowym zaopatrzeniu w wodę i zbiorowym odprowadzaniu ścieków zgodnie z którym odbiorcą usług jest 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. Przedsiębiorstwem wodociągowo-kanalizacyjnym jest natomiast przedsiębiorca w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 6 marca 2018r. - Prawo przedsiębiorców, jeżeli prowadzi działalność gospodarczą w zakresie zbiorowego zaopatrzenia w wodę lub zbiorowego odprowadzania ścieków, oraz gminne jednostki organizacyjne nieposiadające osobowości prawnej, prowadzące tego rodzaju działalność. Dalej wskazał, że do zakupu wody lub wprowadzania przez przedsiębiorstwo wodociągowo- kanalizacyjne ścieków do urządzeń kanalizacyjnych niebędących w jego posiadaniu stosuje się przepisy Kodeksu cywilnego.

Powyższe potwierdza zupełnie inny sposób realizowania usług dostawy wody i odbioru ścieków w porównaniu z rynkiem odbioru odpadów komunalnych. Pierwszy z nich jest rynkiem komercyjnym, jedynie kontrolowanym przez uchwalenie taryfy, w ramach którego to przedsiębiorstwo wodociągowo- kanalizacyjne jest obligowane do zawarcia umowy z usługobiorcą, o ile ten wyrazi w tym zakresie swoją wolę. Za to rynek odbioru odpadów komunalnych jest rynkiem, w ramach którego to na właścicielu nieruchomości ciąży zobowiązanie do wniesienia opłaty za gospodarowanie odpadami, jednak

wniesienie opłaty nie wynika ze stosunku cywilnoprawnego z wykonawcą usług, a z istnieniem zobowiązania publicznoprawnego łączącego właściciela nieruchomości z gminą. Tym samym zupełnie inaczej wyglądają przepływy finansowe na obu wskazanych rynkach: w pierwszym z nich usługobiorca płaci cenę do usługodawcy, a w drugim właściciel nieruchomości płaci opłatę do gminy, zasilając budżet jednostki samorządu terytorialnego.

Z kolei wysokość taryf ustalana jest w oparciu o niezbędne przychody przedsiębiorstwa (art. 20 ust. 2 w zw. z art. 2 pkt 2 ustawy o zbiorowym zaopatrzeniu w wodę), tj. wartość przychodów w danym roku obrachunkowym, zapewniających ciągłość zbiorowego zaopatrzenia w wodę odpowiedniej jakości i ilości i zbiorowego odprowadzania ścieków, które przedsiębiorstwo powinno osiągnąć na pokrycie uzasadnionych kosztów związanych z ujęciem i poborem wody, eksploatacją, utrzymaniem, rozbudową urządzeń wodociągowych i urządzeń kanalizacyjnych, osiągnięcia zysku. Przedsiębiorstwo ustala niezbędne przychody będące podstawą określenia wysokości taryfy w danym roku, uwzględniając w szczególności: koszty związane ze świadczeniem usług, poniesione w poprzednim roku obrachunkowym, ustalone na podstawie ewidencji księgowej, z uwzględnieniem planowanych zmian tych kosztów w roku obowiązywania taryfy; zmiany warunków ekonomicznych oraz wielkość usług i warunki ich świadczenia; koszty wynikające z planowanych wydatków inwestycyjnych na podstawie planu rozwoju i modernizacji urządzeń wodociągowych i urządzeń kanalizacyjnych będących w jego posiadaniu (art. 20 ust. 4 w zw. z art. 21 ustawy o zbiorowym zaopatrzeniu w wodę). Zgodnie z art. 22 ustawy o zbiorowym zaopatrzeniu w wodę przedsiębiorstwo wodociągowo- kanalizacyjne obciąża gminę na podstawie cen i stawek opłat ustalonych w taryfie wyłącznie za:
1)wodę pobraną z publicznych studni i zdrojów ulicznych;
2)wodę zużytą do zasilania publicznych fontann i na cele przeciwpożarowe;
3)wodę zużytą do zraszania publicznych ulic i publicznych terenów zielonych.

W pozostałym zakresie przedsiębiorstwo wodociągowo-kanalizacyjne uzyskuje przychody na podstawie zawartych umów handlowych, a nie ze środków publicznych pochodzących od gminy (Zamawiającego). Wobec powyższego uznał, że przy uwzględnieniu charakteru prowadzonej w tym okresie działalności gospodarczej przez PWiK oraz struktury odbiorców uznać należy, że PWiK nie uzyskiwały przychodu z zadań powierzonych przez Zamawiającego, bowiem zasadnicze przychody spółka uzyskiwała z działalności komercyjnej poprzez zapłatę ceny przez użytkowników końcowych, jakimi były przedsiębiorstwa oraz osoby fizyczne, za dostarczoną wodę i odebrane ścieki.

<u>Zarzut nadużycia przez Zamawiającego pozycji dominującej</u>.

Biorąc pod uwagę, że jak wykazano powyżej nie zostały spełnione przesłanki do udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki, należy stwierdzić, że Zamawiający dopuścił się rażącego naruszenia podstawowej zasady prawa zamówień

publicznych wyrażonej w art. 7 ust. 1 PZP tj. zasady przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości. Zgodnie z orzeczeniem KIO z dnia 27.12.2017 r., sygn. akt: KIO 2567/17 *„Wyeliminowanie konkurencji poprzez bezpodstawne udzielenie zamówienia w trybie z wolnej ręki stanowi jeden z najbardziej jaskrawych przykładów naruszenia zasad, jakimi powinien kierować się Zamawiający zgodnie z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.'*. Działanie Zamawiającego polegające na udzieleniu zamówienia w trybie z wolnej ręki, w sytuacji gdy nie zostały spełnione materialnoprawne przesłanki do zastosowania tego trybu stanowi również naruszenie art. 18 ust. 1 Dyrektywy, który wprost stanowi: *„Instytucje zamawiające zapewniają równe i niedyskryminacyjne traktowanie wykonawców oraz działają w sposób przejrzysty i proporcjonalny. Zamówień nie organizuje się w sposób mający na celu wyłączenie zamówienia z zakresu zastosowania niniejszej dyrektywy lub sztuczne zawężanie konkurencji Uznaje się, że konkurencja została sztucznie zawężona, gdy zamówienie zostaje zorganizowane z zamiarem nieuzasadnionego działania na korzyść lub niekorzyść niektórych wykonawców.'* Na gruncie niniejszej sprawy nie pozostawia wątpliwości, że działanie Zamawiającego podjęte w celu udzielenia zamówienia w trybie zamówienia z wolnej ręki miało na celu wyłączenie zamówienia z zakresu zastosowania Dyrektywy oraz sztuczne zawężenie konkurencji, gdyż zostało zorganizowane w zamiarem nieuzasadnionego działania na korzyść konkretnego wykonawcy - PWiK.

Jest to tym bardziej znaczące jeśli wziąć pod uwagę fakt, że z informacji posiadanych przez Odwołującego wynika, iż PWiK nie posiada odpowiednich zasobów, w tym odpowiednich zasobów technicznych niezbędnych do świadczenia usług objętych przedmiotem zamówienia. PWiK wszczęło w listopadzie 2020 r. postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w ramach którego zamierzał pozyskać jeden pojazd służący do odbioru odpadów (podczas gdy chociażby z Rozporządzenie Ministra Środowiska z dnia 11 stycznia 2013 r. w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości wynika obowiązek posiadania co najmniej dwa pojazdy przystosowane do odbierania zmieszanych odpadów komunalnych oraz co najmniej dwa pojazdy przystosowane do odbierania selektywnie zebranych odpadów komunalnych, a także co najmniej jeden pojazd do odbierania odpadów bez funkcji kom paktującej aby uzyskać wpis do rejestru działalności regulowanej prowadzonego przez Prezydenta Miasta Kalisza). Postępowanie to zakończyło się jednak unieważnieniem w związku z tym, że budżet założony przez PWiK był zbyt niski w stosunku do jedynej złożonej oferty.

W tym miejscu wskazał, że ten sam Zamawiający w kolejnych postępowaniach przetargowych prowadzonych od roku 2013 wskazywał, że w celu realizacji usługi odbioru odpadów z przedmiotowych cmentarzy wymagane jest posiadanie wpisu do rejestru działalności regulowanej, należyte wykonanie umowy w ciągu ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, dwóch głównych usług polegających na odbiorze odpadów komunalnych o wartości brutto nie mniejszej niż 100.000,00 zł każda, posiadanie łącznie co najmniej 36 lub więcej różnego rodzaju pojemników, oraz jednego pojazdu przystosowanego do transportu odpadów o określonej czystości spalin. Wskazał, że w owym czasie PWiK nie składała ofert w postępowaniach o przedstawionych wyżej wymaganiach.

Trudno zatem zrozumieć, dlaczego Zamawiający, w ramach postępowania bezkonkurencyjnego, zrezygnował z wymogów stawianych w toku postępowań konkurencyjnych, chyba że tylko w tym celu, aby uprzywilejować PWiK, a tym samym naruszyć zasady uczciwej konkurencji mając tę świadomość, że PWiK mogłoby nie mieć możliwości uzyskania zamówienia w postępowaniu o charakterze konkurencyjnym.

Zachowanie Zamawiającego stwarza wrażenie, że w przypadku, w którym organizował on konkurencyjne postępowanie, w którym udział brały podmioty posiadające wieloletnie doświadczenie na rynku gospodarowania odpadami, warunki techniczne, formalne oraz zawodowe były bardzo wysokie. Pomimo tego, w ostatnim postępowaniu uczestniczyło kilku wykonawców, co świadczy o konkurencyjności na rynku właściwym. Z kolei w sytuacji, w której ten sam Zamawiający zamierza udzielić zamówienia w trybie bezprzetargowym jako zamówienie z wolnej ręki in-house podmiotowi ze sobą powiązanemu (spółka komunalna ze 100% udziałem Zamawiającego), Zamawiający nie wymaga spełniania żadnych warunków i gotów jest udzielić zamówienia publicznego podmiotowi bez odpowiedniej bazy wiedzy oraz zaplecza techniczno-personalnego, a w szczególności bez doświadczenia, które jest tak kluczowe dla należytego wykonania zamówienia publicznego.

Mając dodatkowo na względzie brak jakiegokolwiek doświadczenia w prowadzeniu działalności związanej z gospodarowaniem odpadami, w pierwszych latach realizacji zamówienia przez PWiK należy spodziewać się wyższych kosztów prowadzenia działalności w stosunku do kosztów obecnie ponoszonych z uwagi na brak specjalistycznej wiedzy rynkowej oraz logistycznej w zakresie możliwości optymalizowania kosztów zmiennych, w szczególności przy uwzględnieniu specyfiki rynku odbioru odpadów, powierzenie takiego podmiotowi bez jakiegokolwiek doświadczenia w tej dziedzinie spowoduje przeniesienie tzw. błędów wieku dziecięcego na podatnika (wobec faktu, że właścicielem nieruchomości w tym przypadku jest Miasto Kalisz, względnie na osoby korzystające z usług cmentarzy).

Działania podjęte przez Zamawiającego w celu udzielenia PWiK zamówienia w trybie z wolnej ręki wypełniają również dyspozycję przepisu art.9 ust. 2 pkt 5 uokik. Zgodnie z art. 9 ust. 1 uokik, zakazane jest nadużywanie pozycji dominującej na rynku właściwym przez jednego lub kilku przedsiębiorców.

Na gruncie definicji zawartej w art. 4 pkt 1 uokik, nie budzi wątpliwości, że zarówno Zamawiający jak i PWiK, która będzie stroną umowy są przedsiębiorcami. Świadcząc usługi o charakterze użyteczności publicznej (samodzielnie lub poprzez podmioty zewnętrzne) tu: w zakresie odbioru odpadów komunalnych Zamawiający jest przedsiębiorcą. Wynika to z orzecznictwa, w tym w szczególności wyroku Sądu Najwyższego z 20.11.2008 r., III SK 12/08. Zgodnie bowiem z uchwałą Trybunału Konstytucyjnego z 17 marca 1997 (W/96) za zadania o charakterze użyteczności publicznej należy uważać zadania, których celem jest zaspokajanie zbiorowych potrzeb ludności w drodze świadczenie usług powszechnie dostępnych. Trybunał postulował szeroką definicję.

Za reprezentatywny w tym zakresie należy uznać wyrok Sądu Najwyższego - Izba Cywilna z dnia 26 stycznia 2017 r., sygn. akt I CSK 252/15: *„Rozpocząć należy od odpowiedzi na podstawowe pytanie, czy gmina jako jednostka samorządu terytorialnego może podlegać przepisom o ochronie konkurencji. Pozytywną odpowiedź na to pytanie zawiera art. 4 pkt 1 a ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (tj. Dz.U. z 2015 r. poz. 184 ze zm., dalej powołana jako OchrKonkurU). Zgodniez powołanym przepisem przedsiębiorcą, do którego stosuje się przepisy tej ustawy jest również osoba prawna organizująca lub świadcząca usługi o charakterze użyteczności publicznej. Nie ulega wobec tego wątpliwości, że pozwane miasto organizujące usługi na w. rynku usług transportu autobusowego, jest przedsiębiorcą do którego stosuje się przepisy tej ustawy. W związku z tym podział rynku tych usług podlega ocenie między innymi z punktu widzenia regulacji zawartej w art. 9 OchrKonkurU. Przepis ten zakazuje nadużywania pozycji dominującej na rynku właściwym każdemu przedsiębiorcy lub przedsiębiorcom działającym na rynku właściwym. Przez rynek właściwy art 4 pkt 9 w związku z art 4 pkt 7 OchrKonkurU rozumie zaś rynek usług, które ze względu na ich przeznaczenie, cenę oraz właściwości, w tym jakość, są uznawane przez ich nabywców za substytuty oraz są oferowane na obszarze, na którym, ze względu na ich rodzaj i właściwości, istnienie barier dostępu do rynku, preferencje konsumentów, znaczące różnice cen i koszty transportu, panują zbliżone warunki konkurencji. Jak wynika z powołanych przepisów rynkiem, na którym należy badać czy pozwane miasto nie nadużywa pozycji dominującej jest cały w. rynek usług autobusowych, gdyż co podkreślił także Sąd Apelacyjny, powód i ZA świadczą usługi, w tym samym miejscu, dla tych samych odbiorców, operują tymi*

samymi środkami i korzystają z tej samej infrastruktury miejskiej. Dla oceny czy pozwany dopuścił się nadużycia pozycji dominującej należy zbadać jego zachowanie biorąc pod uwagę, co przepis art. 9 OchrKonkurU rozumie przez nadużycie pozycji dominującej. W szczególności wymaga zbadania czy podział rynku w proporcji 70 % dla ZA i 30 % dla pozostałych przedsiębiorców jest uzasadniony. W tym kontekście należy podkreślić, że uprawnienie pozwanego do organizowania rynku usług autobusowych nie przekreśla możliwości oceny jego zachowania pod kątem nadużywania pozycji dominującej, w szczególności czy nie jest przypadek tzw. dławienia konkurencji Nawet więc gdy gmina zorganizuje świadczenie usług transportowych w taki sposób, że powierzy ich wykonanie tylko jednemu przedsiębiorcy całkowicie zależnemu od gminy, nie wyklucza to oceny jej zachowania przez pryzmat przepisów o ochronie konkurencji Tym bardziej jest to dozwolone w stanie faktycznym rozpoznawanej sprawy."

Stosownie do art. 9 ust. 2 pkt 5 uokik, nadużywanie pozycji dominującej polega na przeciwdziałaniu ukształtowania się warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji. Działania Zamawiającego, który jest podmiotem organizującym rynek właściwy (rynek odbioru i transportu odpadów na terenie Miasta Kalisz) zmierzające do udzielenia zamówienia w trybie niekonkurencyjnym, a zatem wyłączające możliwość uzyskania zamówienia na realizację świadczenie usługi odbioru i transportu odpadów na terenie Miasta Kalisz przez inne podmioty niż PWiK z całą pewnością przeciwdziałają ukształtowaniu warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji. De facto wyłączają bowiem jakąkolwiek konkurencję w tym zakresie na obszarze Miasta Kalisza.

Zarzut wszczęcia postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki z naruszeniem podstawowych zasad TFUE.

Zgodnie z motywem 1 Dyrektywy *„Udzielanie zamówień publicznych przez instytucje państw członkowskich lub w imieniu tych instytucji musi być zgodne z zasadami Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (TFUE), a w szczególności z zasadą swobodnego przepływu towarów, swobody przedsiębiorczości oraz swobody świadczenia usług, a także z zasadami, które się z nich wywodzą, takimi jak: zasada równego traktowania, zasada niedyskryminacji, zasada wzajemnego uznawania, zasada proporcjonalności oraz zasada przejrzystości W odniesieniu do zamówień publicznych o wartości powyżej określonej kwoty należy jednak ustanowić przepisy koordynujące krajowe procedury udzielania zamówień w celu zagwarantowania, że zasady te mają praktyczne zastosowanie, a zamówienia publiczne są otwarte na konkurencję."*

Artykuł 12 Dyrektywy, zatytułowany zamówienia publiczne pomiędzy podmiotami sektora publicznego w ust. 1 stanowi: *„Zamówienie publiczne udzielone przez instytucję zamawiającą osobie prawa prywatnego lub publicznego nie jest objęte zakresem stosowania niniejszej dyrektywy, jeżeli spełnione są wszystkie następujące warunki: 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. Kontrolę tę może sprawować także inna osoba prawna, która sama jest kontrolowana w ten sam sposób przez instytucję zamawiającą.*

a) instytucja zamawiająca sprawuje nad daną osobą prawną kontrolę podobną do kontroli, jaką sprawuje nad własnymi jednostkami;

b) ponad 80 % działalności kontrolowanej osoby prawnej jest prowadzone w ramach wykonywania zadań powierzonych jej przez instytucję zamawiającą sprawującą kontrolę lub przez inne osoby prawne kontrolowane przez tę instytucję zamawiającą; oraz

c) w kontrolowanej osobie prawnej nie ma bezpośredniego udziału kapitału prywatnego, z wyjątkiem form udziału kapitału prywatnego o charakterze niekontrolującym i nieblokującym, wymaganych na mocy krajowych przepisów ustawowych, zgodnie z Traktatami, oraz nie wywierających decydującego wpływu na kontrolowaną osobę prawną."

Artykuł 12 Dyrektywy został implementowany w art. 67 ust. 1 pkt 12 Pzp.

W cytowanym już powyżej art. 18 ust. 1 Dyrektywy, zatytułowanym zasady udzielania zamówień publicznych wskazano: *„Instytucje zamawiające zapewniają równe i niedyskryminacyjne traktowanie wykonawców oraz działają w sposób przejrzysty i proporcjonalny. Zamówień nie organizuje się w sposób mający na celu wyłączenie zamówienia z zakresu zastosowania niniejszej dyrektywy lub sztuczne zawężanie konkurencji Uznaje się, że konkurencja została sztucznie zawężona, gdy zamówienie zostaje zorganizowane z zamiarem nieuzasadnionego działania na korzyść lub niekorzyść niektórych wykonawców. "*

Ponadto, w motywie 31 Dyrektywy, wskazano: *„Zastosowanie przepisów dotyczących zamówień publicznych nie powinno jednak zakłócać swobody organów publicznych w zakresie wykonywania powierzonych im zadań dotyczących usług publicznych poprzez wykorzystanie ich własnych zasobów, co obejmuje możliwość współpracy z innymi organami publicznymi. Należy zagwarantować, że żadna współpraca publiczno-publiczna podlegająca wyłączeniu nie skutkuje zakłóceniem konkurencji w odniesieniu do prywatnych wykonawców, w zakresie, w jakim współpraca taka stawia prywatnego usługodawcę w sytuacji przewagi nad jego konkurentami "*

Na gruncie przytoczonych powyżej postanowień Dyrektywy, Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej udzielając odpowiedzi na pytania prejudycjalne, w wyroku z dnia 3 października 2019 r. w sprawie C-285/t 8 orzekł, że „ Udzielenie zamówienia typu in-huse, które spełnia warunki określone w art. 12 ust, 1 lit. a) - c) dyrektywy 2014/24, nie jest samo w sobie zgodne z prawem Unii". Trybunał uznał, że fakt, iż zamówienie spełnia warunki określone w tym przepisie Dyrektywy nie zwalnia państwa członkowskiego ani instytucji zamawiającej, od poszanowania zasad równego traktowania, niedyskryminacji, proporcjonalności i przejrzystości wyrażonych w TFUE. Jak podkreślono w wyroku *„Swoboda państw członkowskich w zakresie wyboru sposobu świadczenia usług, który uznają za najbardziej odpowiedni dla wykonania robót budowlanych, nie może jednak być nieograniczona. Przeciwnie, należy z niej korzystać z poszanowaniem podstawowych zasad TFUE, a w szczególności zasad: swobodnego przepływu towarów, swobody przedsiębiorczości oraz swobody świadczenia usług, a także z zasadami z nich wynikającymi, takimi jak zasada równego traktowania, zasada niedyskryminacji, zasada wzajemnego uznawania, zasada proporcjonalności oraz zasada przejrzystości (zob. analogicznie wyroki z dnia 9 lipca 1987 r., CE1 i Bellini, 27/86-29/86, EU:C: 1987:355, pkt 15; z dnia 7 grudnia 2000 r., Telaustria i Telefonadress, C-324/98, EU:C:2000:669, pkt 60; z dnia 10 września 2009 r., Sea, C-573/07, EU:C:2009:532, pkt 38)."*

Nawet gdyby uznać, że na gruncie przedmiotowej sprawy zachodzą przesłanki określone w art. 67 ust. 1 pkt 12 Pzp, to i tak udzielenie zamówienia na odbiór odpadów przez Miasto Kalisz w trybie zamówienia z wolnej ręki należy uznać za niedopuszczalne, gdyż jego udzielenie skutkowałoby naruszeniem podstawowych zasad TFUE,w szczególności zasady swobodnego przepływu towarów, swobody przedsiębiorczości oraz swobody świadczenia usług, a także zasad które się z nich wywodzą, takich jak zasady równego traktowania, niedyskryminacji, wzajemnego uznawania i przejrzystości. Fakt, iż zostały spełnione przesłanki określone w tym przepisie nie uprawnia Zamawiającego do bezrefleksyjnego udzielenia zamówienia w trybie niekonkurencyjnym, gdyż każdorazowo konieczne jest zbadanie czy poprzez jego udzielenie nie zostaną naruszone podstawowe zasady TFUE.

W tym zakresie aktualna pozostaje argumentacja przedstawiona na gruncie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 9 ust. 2 pkt 5 uokik. Należy zauważyć, że nadużywanie pozycji dominującej jest zakazane nie tylko na gruncie przepisów uokik, ale również na gruncie Dyrektywy. Zgodnie bowiem z art. 102 Dyrektywy *„niezgodne z rynkiem wewnętrznym i zakazane jest nadużywanie przez jedno lub większą liczbę przedsiębiorstw pozycji dominującej na rynku wewnętrznym lub na znacznej jego części, w zakresie, w jakim może wpływać na handel między Państwami*

Członkowskimi."

Zamawiający w informacji nie wykazał, ze udzielenie zamówienia nie będzie skutkowało zawężeniem konkurencji i nie będzie stanowiło nadużycia pozycji dominującej. Nie wykazał, że planując zamówienie przeprowadził jakąkolwiek analizę wpływu udzielenia zamówienia na konkurencję na rynku właściwym dla przedmiotowego zamówienia. Wykazanie tych okoliczności było konieczne biorąc pod uwagę fakt, że na rynku działają wykonawcy, którzy posiadają zdolności niezbędne do realizacji zamówienia, a zawarcie z nimi umowy umożliwiłoby Zamawiającemu zapewnienie dobrej jakości, dostępności i ciągłości świadczonych usług. Niezależnie od powyższego wskazać należy, że zgodnie z art. 9b w zw. z art. 9c ust. 1 ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu porządku i czystości w gminach działalność w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości jest działalnością regulowaną w rozumieniu ustawy z dnia 6 marca 2018 r. - Prawo przedsiębiorców, a przedsiębiorca odbierający odpady komunalne od właścicieli nieruchomości jest obowiązany do uzyskania wpisu do rejestru w gminie, na terenie której zamierza odbierać odpady komunalne od właścicieli nieruchomości. Z zawartego na stronie BIP Urzędu Miasta Kalisza wykazu przedsiębiorców wpisanych do rejestru datowanego na dzień złożenia niniejszego odwołania wynika, że PWiK nie posiada takiego wpisu, natomiast do rejestru działalności regulowanej wpisanych jest 32 innych przedsiębiorców. Oznaczało, że wszystkie te podmioty są aktywnymi uczestnikami rynku właściwego, na którym Zamawiający zamierza udzielić zamówienia in-house oraz potencjalnie wszystkie te podmioty posiadają formalnoprawną oraz faktyczną zdolność do wykonania zamówienia, które w trybie bezprzetargowym ma uzyskać niedoświadczony i nieuprawniony do wykonywania usług będących przedmiotem zamówienia podmiot, jakim jest PWiK. Podsumowując, udzielenie zamówienia w trybie niekonkurencyjnym niewątpliwie wpłynie zatem negatywnie nie tylko na konkurencję na rynku krajowym, ale również doprowadzi do zakazanego w świetle przepisu art. 49 TFUE ograniczenia swobody przedsiębiorczości, a także ograniczenia w swobodnym świadczeniu usług (art. 56 TFUE) na rynku europejskim.

Zamawiający w dniu 23.12.2020 r. (e-mailem) wraz kopią odwołania, w trybie art. 185 ust.1 Pzp, wezwał uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 23.12.2020 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej - ePUAP)Przedsiębiorstwo Oczyszczania Miasta EKO Sp. z o.o, ul. Zjazd 23, 62-800 Kalisz, adres do korespondencji: Niedźwiady 38, 62-800 Kalisz zwane dalej:*„Przedsiębiorstwo Oczyszczania Miasta EKO Sp. z o.o. albo „Przystępującym'* zgłosiło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego wnosząc o uwzględnienie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu.

Odnośnie pierwszego z podniesionych przez Odwołującego zarzutów niewykazania przez Zamawiającego przesłanki udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 12 p.z.p. oraz braku wystąpienia tej przesłanki. Całkowicie należy podzielić wyrażoną na stronach 5 – 9 uzasadnienia odwołania argumentację, w myśl której udzielenie zamówienia w trybie z wolnej ręki powinno być traktowane jako wyjątek od podstawowych trybów wskazanych w art. 10 ust. 1 p.z.p. Z tego powodu wszystkie przepisy pozwalające na udzielenie zamówienia w jednym z pozostałych trybów powinny być interpretowane ściśle. W pierwszej kolejności zauważył, że Zamawiający nie wykazał, że ponad 90% działalności PWiK dotyczy wykonywania zadań powierzonych jej przez Miasto Kalisz. Zamawiający co prawda powołał się na wysokość przychodu PWiK, w tym ogólnikowo wskazał, że w latach 2017-2019 94,4% działalności PWiK dotyczyło działalności powierzonej przez Miasto Kalisz. Procent ten został obliczony według średniego przychodu osiągniętego przez PWiKz podstawowej działalności objętej taryfą za zbiorowe zaopatrzenie w wodę i zbiorowe odprowadzanie ścieków. Nie jest jednak jasne, jakie usługi (jakie przychody) wchodzą w skład tej działalności.

Zgodził się w całości z argumentacją Odwołującego, że samo wykazanie świadczenia usług objętych taryfą za zbiorowe zaopatrzenie w wodę i zbiorowe odprowadzanie ścieków nie jest tożsame z powierzeniem świadczenia tych usług przez Zamawiającego. Przede wszystkim należy podkreślić, że w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej przyjmuje się, iż wymóg wykonywania przez dany podmiot zasadniczej części działalności na rzecz kontrolujących go jednostki lub jednostek samorządu terytorialnego ma na celu zapewnienie, aby dyrektywa 2004/18 znajdowała zastosowanie również w przypadku, gdy przedsiębiorstwo kontrolowane przez jedną lub kilka jednostek samorządu działa aktywnie na rynku, a tym samym może znaleźć się w stosunku konkurencji z innymi przedsiębiorstwami. W istocie bowiem przedsiębiorstwo nie musi być pozbawione swobody działania przez sam fakt, że decyzje go dotyczące są kontrolowane przez jednostkę lub jednostki samorządu terytorialnego będące jego wspólnikami, jeśli przedsiębiorstwo to może jeszcze wykonywać znaczną część działalności gospodarczej na rzecz innych podmiotów gospodarczych. Z kolei jeżeli świadczenia tego przedsiębiorstwa są zasadniczo przeznaczone tylko na rzecz wspomnianej jednostki lub wspomnianych jednostek samorządu terytorialnego, wydaje się uzasadnione, aby przedsiębiorstwo to uniknęło ograniczeń dyrektywy 2004/18, ponieważ ograniczenia te są podyktowane troską o zachowanie konkurencji, która w tym przypadku nie ma już racji bytu (wyrok TSUE z dnia 8 grudnia 2016 r., sygn. C-553/15, podobnie również wyrok TSUE z dnia 11 maja 2006 r., sygn. C-340/04). Podkreślono również, że z orzecznictwa tego wynika, że każda działalność podmiotu, któremu udzielono zamówienia, a która jest przeznaczona dla osób innych niż jego wspólnicy, to znaczy dla osób, które nie pozostają w żadnym stosunku kontroli z tym podmiotem, nawet gdy osoby te są organami administracji publicznej, powinna zostać uznana za wykonywaną na rzecz osób trzecich (ibidem). Z tego powodu uznał, że każda usługa świadczona na rzecz podmiotu odrębnego od Zamawiającego, a zatem i osoby zawierającej umowę o zaopatrzenie w wodę i odbiór ścieków nie może być traktowana jako działalność w zakresie zadań powierzonych przez Zamawiającego. W tym zakresie w całości podzielił argumentację Odwołującego.

Ponadto zauważył, że PWiK dostarcza wodę również do okolicznych gmin sąsiadujących z Miastem Kalisz oraz odbiera ścieki z terenu sąsiadujących gmin. Przykładowo w uzasadnieniu uchwały nr V/43/2011 Rady Miejskiej Kalisza z dnia 27 stycznia 2011 r. w sprawie uchwalenia Wieloletniego planu rozwoju i modernizacji urządzeń wodociągowych i urządzeń kanalizacyjnych na lata 2011-2013 /https://www.bip.kalisz.pl/uchwaly/2011_05_43.pdf [data dostępu: 23.12.2020]. / wskazano, że zakończenie budowy kanalizacji w ul. Starożytnej i ulicach przyległych pozwoli skierować ścieki do oczyszczalni. Ma to również ogromne znaczenie dla zabezpieczenia przed skażeniem terenów wodonośnych ujęcia wody „Lis". Wybudowanie tej kanalizacji umożliwi także odbiór części ścieków z Gmin Opatówek i Godziesze Wielkie i stanowić będzie element systemu kanalizacji zbiorczej aglomeracji Kalisz. W ogłoszeniu na stronie PWiK wskazano co następuje: wychodząc naprzeciw oczekiwaniom naszych klientów Zarząd Przedsiębiorstwa Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o. podjął decyzję o rozszerzeniu ilości miejsc, w których można opłacać rachunki za wodę, ścieki i inne usługi świadczone przez nasze przedsiębiorstwo, bez ponoszenia przez wpłacających dodatkowych kosztów (opłat). Od miesiąca wymienione rachunki można opłacać w 34 placówkach Poczty Polskiej SA, w tym 19 placówkach na terenie miasta Kalisza i 15 znajdujących się na terenie powiatu kaliskiego, gdyż z naszej wody korzystają również mieszkańcy sąsiednich gmin. /https://wodociagi-kalisz.pl/Aktualnosci/ArtMID/1582/ArticleID/365/Rozszerzenie-ilości-miejsc-gdzie-klienciPWiK-Sp-z-oo-mogą-opłacać-należności-nie-ponosząc-dodatkowych-opłat [data dostępu: 23.12.2020].

Wreszcie, samo PWiK świadczy usługi komercyjne, o czym informuje na swojej stronie internetowej /https://wodociagi-

kalisz.pl/BOK/Uslugi-komercyjne [data dostępu: 23.12.2020]/. Na stronie opublikowany został również cennik tych usług. dowód: 3. cennik usług komercyjnych PWiK.Nie sposób zatem stwierdzić, w jaki sposób Zamawiający obliczył przychód z działalności PWiK powierzonej przez Miasto Kalisz. Konieczne byłoby wskazanie, jakie usługi i za jaką kwotę PWiK świadczyło na rzecz:
1) Zamawiającego,
2) podmiotów znajdujących się na terenie gminy Kalisz – w zakresie dostarczania wody i ścieków,
3) podmiotów znajdujących się na terenie innych gmin – w zakresie dostarczania wody i ścieków,
4) wszystkich podmiotów – w zakresie usług innych niż dostarczanie wody i ścieków.

Jeśli bowiem PWiK dostarcza wodę i odprowadza ścieki z terenu innych gmin, to nie sposób przyjąć – nawet przyjmując interpretację Zamawiającego – że są to zadania zlecone przez Miasto Kalisz, lecz przez inne gminy.

Odnośnie naruszenie pozycji dominującej. Zgodził się z Odwołującym, że Zamawiający poprzez ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy o wykonanie zamówienia publicznego w trybie z wolnej ręki dopuścił się naruszenia pozycji dominującej oraz przygotowania zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji. Co więcej podkreślił, że Zamawiający nie mógłby skutecznie (w sposób ważny) zawrzeć umowy obejmującej zamówienie publiczne w zakresie odbioru i transportu odpadów komunalnych z PWiK. Świadczenie usług odbioru i transportu odpadów komunalnych jest możliwe na terenie gminy dopiero po wpisie do rejestru działalności regulowanej [RDR] (art. 9b i 9c ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach; dalej: u.c.p.g.). Również właściciel nieruchomości nie może przekazywać odpadów podmiotowi niewpisanemu do rejestru działalności regulowanej (art. 5 ust. 1a u.c.p.g.). Oznacza to, że zawarcie umowy prowadziłoby do naruszenia bezwzględnie obowiązujących przepisów ustawy i powierzenia wykonywania zadania publicznego podmiotowi, który zadań tych nie może wykonywać. Warunkiem wpisu do RDR jest bowiem m.in. posiadanie pojazdów rodzaju i ilości wskazanych w rozporządzeniu Ministra Środowiska z dnia 11 stycznia 2013 r. w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości (Dz. U. z 2013 r. poz. 122). Jak wykazał to Odwołujący, PWiK nie posiada takich pojazdów. Do dnia dzisiejszego PWiK nie została wpisana również do rejestru prowadzonego przez Prezydenta Miasta Kalisza. Zamawiający nie może zatem w chwili obecnej rozważać powierzenia wykonywania rzeczonych zadań PWiK, gdyż prowadziłby do zawarcia umowy o świadczenie niemożliwe. Czynność prawna byłaby w tym wypadku nieważna (art. 387 § 1 k.c.).

Odnośnie naruszenie podstawowych zasad TFUE. Podzielił argumentację Odwołującego, że postępowanie Zamawiającego prowadzi do naruszenia przepisów prawa unijnego. Na szczególną uwagę zasługuje treść wyroku TSUE z dnia 3 października 2019 r. w sprawie o sygn. C-285/18, którą przywołał Odwołujący w uzasadnieniu odwołania. TSUE wskazał, że swoboda państw członkowskich w zakresie wyboru sposobu świadczenia usług, który uznają za najbardziej odpowiedni dla wykonania robót budowlanych, nie może jednak być nieograniczona. Przeciwnie, należy z niej korzystać z poszanowaniem podstawowych zasad TFUE, a w szczególności zasad: swobodnego przepływu towarów, swobody przedsiębiorczości oraz swobody świadczenia usług, a także z zasadami z nich wynikającymi, takimi jak zasada równego traktowania, zasada niedyskryminacji, zasada wzajemnego uznawania, zasada proporcjonalności oraz zasada przejrzystości. Zwrócił uwagę na wypływający z art. 4 ust. 3 Traktatu o Unii Europejskiej (dawniej z art. 10 Traktatu Ustanawiającego Wspólnotę Europejską) obowiązek interpretowania prawa krajowegow sposób zapewniający realizację celów prawa unijnego (wspólnotowego). Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej w sposób precyzyjny wyjaśnił, w jaki sposób organy krajowe winny stosować prawo krajowe w sytuacji, gdy dochodzi do potencjalnego konfliktu normy unijnej z normą krajową. W licznych orzeczeniach Trybunał podkreślił, że wynikający z art. 4 ust. 3 TUE obowiązek podjęcia wszelkich działań o charakterze generalnym i jednostkowym niezbędnych w celu wykonania tego zobowiązania, ciąży na wszelkich organach władzy państw członkowskich, w tym, w ramach ich kompetencji, na organach sądowych, które to zobowiązane są stosując prawo krajowe, dokonać jego wykładni, na ile to tylko możliwe, w świetle litery i celów dyrektywy, by osiągnąć założony w niej rezultat (wyrok TSUE z dnia 14.07.1994 r., sygn. C-91/92). Jak wskazano w literaturze: zasadę prowspólnotowej wykładni prawa krajowego można sprowadzić do następującego stwierdzenia: sąd krajowy [a w zasadzie wszystkie organy władzy państwowej, co wynika z przywołanych orzeczeń – dop. wł.], stosując prawo krajowe, musi - w zakresie, jaki jest tylko możliwy - interpretować prawo krajowe tak, aby było zgodne z wymogami prawa wspólnotowego, jego treścią i celem /Stosowanie prawa Unii Europejskiej przez sądy, (red.) A. Wróbel, Zakamycze 2005, rozdział trzeci, punkt II, podpunkt 3.1., SIP Lex/. Z tego powodu przy wykładni przepisów p.z.p. należy mieć na względzie wyrażony w Dyrektywie 2014/24/UE oraz w zasadach traktatowych cel w postaci zapewniania równego traktowania przedsiębiorców oraz niezakłócania konkurencji na rynku. Tylko taka interpretacja przepisów zapewnia realizację zasady lojalnej współpracy. Udzielenie zamówienia PWiK z pewnością doprowadzi do ograniczenia konkurencji na rynku właściwym oraz naruszenia swobody przedsiębiorczości oraz świadczenia usług.

W dniu 28.12.2020 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej - ePUAP PWIK zgłosiło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu.

W dniu 13.01.2020 r. (e-mailem) PWiK złożyło pismo procesowe wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Odnosząc się do pierwszego aspektu - wykonywanie zadań powierzonych przez zamawiającego trzeba rozumieć jako zadania własne - powierzone (zlecone do wykonania) osobie prawnej. Gmina może bowiem wykonywać zadania własne przez własne jednostki organizacyjne, ale może również zadania własne powierzyć. Należy odróżnić powierzenie zadań od wykonywania usług na podstawie umów cywilnoprawnych. Elementem decydującym w wykładni pojęcia jest to, czy zadanie zostało powierzone przez zamawiającego z jego własnych zadań. Za powyższą wykładnią przepisu opowiedziała się Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z 04.10.2019 r., sygn. akt KIO 1842/19 wskazując, że:*„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.'*.

Zgodnie z treścią art. 7 ust. 1 pkt. 3 ustawy z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym (t.j. Dz.U. z 2020 r. poz. 713) zaspokajanie zbiorowych potrzeb wspólnoty w zakresie wodociągów i zaopatrzenia w wodę, kanalizację, usuwania i oczyszczania ścieków komunalnych, utrzymywania czystości i porządku oraz urządzeń sanitarnych, wysypisk i unieszkodliwiania odpadów komunalnych, zaopatrzenia w energię elektryczną i cieplną oraz gaz należą do zadań

własnych gminy. Ustawą z dnia 7 czerwca 2001 r. o zbiorowym zaopatrzeniu w wodę i zbiorowym odprowadzaniu ścieków (tj. Dz. U. z 2020 r. poz. 2028; dalej zwana: „z.z.w.") zbiorowe zaopatrzenie w wodę i zbiorowe odprowadzanie ścieków zostało uznane przez ustawodawcę za zadanie własne gminy (art. 3 ust. 1).

Gmina może realizować zadania własne w dwojaki sposób tj. samodzielnie lub z wykorzystaniem zasobów innych podmiotów prawa. Miasto Kalisz realizuje zadania związane ze zbiorowym zaopatrzeniem w wodę i odprowadzaniem ścieków przez och powierzenie Przedsiębiorstwu Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o.

Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o. w Kaliszu zostało powołane do zapewnienia ciągłości powszechnej dostępności wody i odbioru ścieków na terenie miasta Kalisza. Spółka prowadzi działalność w zakresie zbiorowego zaopatrzenia w wodę zbiorowego odprowadzania ścieków na terenie miasta Kalisza na podstawie zezwolenia wydanego przez Zarząd Miasta Kalisza decyzją nr WIMK 7033/17/02 z dnia 27 sierpnia 2002 r. oraz w oparciu o Regulamin dostarczania wody i odprowadzania ścieków na ternie miasta Kalisza przyjętego Uchwałą Nr LVIII/765/2018 Rady Miasta Kalisza z dnia 27 września 2018 r. w sprawie uchwalenia regulaminu dostarczania wody i odprowadzania ścieków na terenie miasta Kalisza. Nie można pominąć faktu, że Uchwałą Nr XX/138/91 Rady Miejskiej Kalisza z dnia 03 grudnia 1991 r. przekształcono Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w jednoosobową spółkę miasta z ograniczoną odpowiedzialnością (§1 Uchwały) i wskazano, że Spółka powołana jest do zapewnienia ciągłości i powszechnej dostępności dostaw wody i odbioru ścieków na terenie miasta Kalisza (§ 4 Uchwały).

Ustawa z.w.w. określa zasady i warunki zbiorowego zaopatrzenia w wodę przeznaczoną do spożycia przez ludzi oraz zbiorowego odprowadzania ścieków, w tym zasady działania przedsiębiorstwa wodociągowo-kanalizacyjnego (art. 1 pkt. 1a z.w.w.). Jednocześnie w art. 2 pkt. 3 z.w.w. wskazano, że odbiorcą usługi jest 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. Odwołujący nie ma więc racji twierdząc, że działalność Przystępującego polegająca na wykonywaniu zadań gminy w zakresie zbiorowego zaopatrzenia w wodę oraz zbiorowego odprowadzania ścieków nie stanowi działalności w zakresie zadań powierzonych. Wręcz przeciwnie – wskazane przepisy prawa oraz uchwały jednoznacznie wskazują na powierzenie Przystępującemu tych zadań.

Odwołujący podnosił, że nie została spełniona przesłanka dotycząca udziału 90% działalności dotyczącej wykonywania zadań powierzonych w całkowitej działalności Przystępującego. Swoje stanowisko opiera przy tym na uznaniu, że do 90% działalności nie należy wliczać przychodów uzyskiwanych przez Przystępującego od odbiorców innych niż sama gmina. Stanowisko to jest błędne. Sposób wyliczania wymaganego udziału wykonywania zadań powierzonych wykonawcy przez zamawiającego sprawującego kontrolę nad tym wykonawcą w działalności kontrolowanej osoby prawnej reguluje art. 67 ust 8 p.z.p., który wskazuje, że do obliczania procentu działalności uwzględnia się średni przychód osiągnięty przez osobę prawną w odniesieniu do usług, dostaw lub robót budowlanych za 3 lata poprzedzające udzielenie zamówienia. W każdym przypadku metodą odpowiednią do wyliczenia procentu jest metoda właściwa dla rachunkowości, o czym świadczy odesłanie do pojęcia średniego przychodu osiągniętego przez przyszłego wykonawcę (tak też J. Jerzykowski [w:] W. Dzierżanowski, J. Jerzykowski, M. Stachowiak, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, W-wa 2017, s. 588). Samo zaś pojęcie przychodu jest zdefiniowane w art. 12 ustawy z 15.02.1992 r. o podatku dochodowym od osób prawnych (Dz.U. z 2019 r. poz. 865 ze zm.).

Przesłanka powinna być interpretowana w znaczeniu ilościowym, co oznacza, iż powinno się określać wysokość przychodów uzyskiwanych przez danego wykonawcę z całej jego działalności oraz porównywać tę liczbę do wysokości przychodów uzyskiwanych z tej działalności, którą ten wykonawca wykonuje dla kontrolującego go zamawiającego. Jeżeli ten drugi parametr będzie się kształtował na poziomie 90% lub więcej całości przychodów danego wykonawcy, to wówczas bez żadnej wątpliwości będzie można przyjąć, iż przesłanka jest spełniona. Na przyjęcie takiego rozumienia udziału naprowadza też sposób wdrożenia przepisu w porządkach prawnych innych krajów członkowskich UE. W art. 10 ust. 5 Lietuvos Respublikos viešųjų pirkimų įstatymas (litewska ustawa o zamówieniach publicznych), która transponuje dyrektywę 2004/18/WE do prawa litewskiego, czytamy: *„Przepisy niniejszej ustawy nie mają zastosowania, gdy instytucja zamawiająca zawiera umowę z podmiotem prawnie odrębnym, nad którym sprawuje kontrolę podobną do kontroli, jaką sprawuje nad własnymi służbami lub organami, i który to podmiot stanowi jej wyłączną własność (lub względem którego wykonuje uprawnienia i obowiązki państwa lub jednostki samorządu terytorialnego jako jedyny udziałowiec), oraz gdy kontrolowany podmiot zrealizował co najmniej 90% swych obrotów w poprzednim roku (albo w okresie, jaki upłynął od jego utworzenia, jeśli wykonuje swą działalność od mniej niż roku) poprzez działalność mającą na celu zaspokajanie potrzeb instytucji zamawiającej lub umożliwienie jej wykonywania swych funkcji*'.

Powstaje też pytanie jaka działalność powinna być uznana za wliczaną do udziału 90%. Jak stwierdził TSUE w wyroku w sprawie C-340/04, Carbotermo: *„Jeśli chodzi o kwestię, czy w tym kontekście należy uwzględnić tylko przychód uzyskany od kontrolującej jednostki samorządu terytorialnego, czy też przychód uzyskany z tytułu działalności wykonywanej na obszarze jej właściwości, to należy uznać, że 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*' (pkt 65 i 66 wyroku).

Jak więc wynika z powyższego, do 90% udziału działalności należy wliczyć taką działalność prowadzoną przez wykonawcę, która obejmuje zadania powierzone mu przez zamawiającego. Nie ma przy tym znaczenia, czy opłaty za wykonywanie takiej działalności pochodziły bezpośrednio od zamawiającego czy też np. od końcowych odbiorców świadczonych usług.

Stanowisko takie prezentuje również KIO, która w wyroku z 04.10.2019 r., sygn. akt: KIO 1842/19 wskazała *„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."*

Jak zostało już wyżej wskazane art. 6 ustawy o zbiorowym zaopatrzeniu w wodę zobowiązuje osoby trzecie do zawierania umów na usługi bezpośrednio z przedsiębiorstwem wodociągowo-kanalizacyjnym, które realizuje zadania ustawowo przyznane gminie (w niniejszej sprawie Miasto Kalisz). W art. 26 ust. 1 z.w.w. ustawodawca wprost określił, że rozliczenia za zbiorowe zaopatrzenie w wodę i zbiorowe odprowadzanie ścieków są prowadzone przez przedsiębiorstwa wodociągowo-kanalizacyjne z odbiorcami usług na podstawie określonych w taryfach cen i stawek opłat oraz ilości dostarczonej wody i odprowadzonych ścieków.

W konsekwencji, w opozycji do twierdzeń Odwołującego, nie ma możliwości prawnej, aby w ramach wykonywania zadania zleconego przez gminę i na jej terenie, to gmina pobierała opłaty od zamieszkujących terytorium gminy za usługi wodociągowo-kanalizacyjne i następnie przekazywała je do podmiotu świadczącego usługi. Taka forma rozliczenia

została wyłączona ustawowo, poprzez narzucenie przez ustawodawcę formy rozliczenia. Ten sposób przepływu środków pieniężnych wynika bezpośrednio z regulacji ustawowej i nie ma możliwości zorganizowania pobierania opłat w inny sposób. Jednocześnie nie wpływa to w żaden sposób na charakter wykonywanych zadań, gdyż PWiK wykonuje zlecone zadania własne gminy.

Zgodnie z treścią sprawozdań finansowych PWiK, Spółka osiągnęła następujące przychody ze sprzedaży:

ROK OBROTOWY	ŁĄCZNE PRZYCHODY ZE SPRZEDAŻY	ŁĄCZNE PRZYCHODY Z DZIAŁALNOŚCI POWIERZONEJ PRZEZ ZAMAWIAJĄCEGO (Kwota obejmuje sprzedaż wody i usług kanalizacyjnych dla m. Kalisz oraz przychody z tytułu opłat za przekroczenie warunków wprowadzania ścieków przemysłowych do kanalizacji. W sprawozdaniach z działalności Spółki umieszczono przychody z tytułu opłat za przekroczenie warunków wprowadzania ścieków przemysłowych i opisano jako przychody komercyjne.)	
2017	45.299,5 TYS. ZŁ	42.963,8 TYS. ZŁ	>94,8%
2018	49.275,7 TYS. ZŁ	46.544,2 TYS. ZŁ	>94,4%
2019	50.118, 3 TYS. ZŁ	47.047,8 TYS. ZŁ	>93,8%

W konsekwencji średni przychód Spółki w okresie 2017-2019 r. wyniósł 48.231,1 tys. zł/rok, a średnie przychody z działalności powierzonej przez Zamawiającego wyniosły w tym okresie 45.518,6 tys. zł, co stanowi 94,4, %.

Podstawę wyliczenia przekazanych danych stanowiły następujące dokumenty Spółki:
1.Rachunek zysków i strat za 2017 r.;
2.Sprawozdanie Zarządu za 2017 r.;
3.Rachunek zysków i strat za 2018 r.;
4.Sprawozdanie Zarządu za 2018 r.;
5.Rachunek zysków i strat za 2019 r.;
6.Sprawozdanie Zarządu za 2019 r.

ROK 2017

W dodatkowych informacjach i objaśnieniach do sprawozdania finansowego PWiK z siedzibą w Kaliszu za 2017 r. w pkt. II.1 Objaśnienia do Rachunku zysków i strat zawarto strukturę przychodów ze sprzedaży (str. 4), z której jednoznacznie wynika, że:
1.Sprzedaż produkcji podstawowej (sprzedaż wody i usług kanalizacyjnych dla m. Kalisza) w roku obrotowym wyniosła 41.908,015,37 zł;
2.Sprzedaż pozostała (sprzedaż wody dla gmin ościennych, sprzedaż usług kanalizacyjnych dla gmin ościennych, sprzedaż usług komercyjnych, sprzedaż usług kanalizacji deszczowej; sprzedaż materiałów i towarów) w roku obrotowym wyniosła 3 391 523,72 zł;
3.Całkowita sprzedaż wyniosła: 45.299.539,09 zł.

W konsekwencji powyższego sprzedaż pozostała (nie na rzecz Miasta Kalisz) stanowi w przybliżeniu 7% całkowitej sprzedaży, czyli sprzedaż na rzecz Miasta Kalisza wynosi ponad 90 %. Przy doliczeniu przychodów z tytułu opłat za przekroczenie warunków wprowadzania ścieków przemysłowych do kanalizacji wartość wzrasta do ponad 94,8%.

ROK 2018

Dodatkowe informacje i objaśnienia do sprawozdania finansowego PWiK za 2018 r. zawierają następujące dane (pkt. ll.1 Objaśnienia do Rachunku zysków i strat):
1.Sprzedaż produkcji podstawowej (sprzedaż wody i usług kanalizacyjnych dla m. Kalisza) osiągnęła wartość 45.207.519,26 zł;
2.Sprzedaż pozostała (sprzedaż wody i usług kanalizacyjnych dla gmin ościennych; sprzedaż usług komercyjnych, sprzedaż usług kanalizacji deszczowej; sprzedaż materiałów i towarów) osiągnęła wartość 4.068.211,48 zł;
3.Łącza wartość sprzedaży wyniosła 49.275.730,74 zł.

W konsekwencji powyższego sprzedaż pozostała (nie na rzecz Miasta Kalisz) stanowi w przybliżeniu 8 % całkowitej sprzedaży, czyli sprzedaż na rzecz Miasta Kalisza wynosi ponad 90 %. Przy doliczeniu przychodów z tytułu opłat za przekroczenie warunków wprowadzania ścieków przemysłowych do kanalizacji wartość wzrasta do ponad 94,4%

ROK 2019

W Sprawozdaniu Zarządu Spółki PWiK za rok 2019 wynika, że w okresie sprawozdawczym Spółka prowadziła działalność w zakresie zbiorowego zaopatrzenia w wodę i zbiorowego odprowadzania ścieków na terenie miasta Kalisza na podstawie zezwolenia wydanego przez Zarząd Miasta Kalisza oraz w oparciu o Regulamin dostarczania wody i odprowadzania ścieków na terenie miasta Kalisza. Z działalności tej, objętej PKD 36.00.Z i 37.00.Z, przychody stanowiły ponad 95% wartości ogółem, w tym 3,2% stanowiła sprzedaż usług kanalizacyjnych i wody do gmin ościennych.

Na str. 16 Sprawozdania Zarządu za rok 2019 wskazano następującą strukturę sprzedaży:
1.Sprzedaż produkcji podstawowej (sprzedaż wody i usług kanalizacyjnych dla m. Kalisza) osiągnęła wartość 46.159,8;
2.Sprzedaż komercyjna osiągnęła wartość 3.958,5;
3.Sprzedaż ogółem osiągnęła wartość 50.118,3.

W dodatkowych informacjach i objaśnieniach do sprawozdania finansowego PWiK za 2019 r. w pkt. II.1 Objaśnienia do Rachunku zysków i strat wskazano, że sprzedaż produkcji podstawowej (sprzedaż wody i usług kanalizacyjnych dla m. Kalisza) wyniosła 46.159.790,50 zł, a łączna sprzedaż wyniosła 50.118.258,64 zł. W konsekwencji udział sprzedaży na rzecz m. Kalisza wynosi ponad 90% łącznej wartości sprzedaży. Przy doliczeniu przychodów z tytułu opłat za przekroczenie warunków wprowadzania ścieków przemysłowych do kanalizacji wartość wzrasta do ponad 93,8%. Z powyższego jednoznacznie wynika, że dane na jakich oparł się Zamawiający publikując Informację o zamiarze zawarcia umowy są prawdziwe i jednoznacznie wskazują na to, że 90% działalności kontrolowanej osoby prawnej dotyczy wykonywania zadań powierzonych jej przez zamawiającego sprawującego kontrolę.

Zamawiający w informacji o zamiarze zawarcia umowy w sposób wyczerpujący określił wartości, na podstawie których dokonał obliczeń, a także odwołał się do powszechnie dostępnych wartości tj. taryfy za zbiorowe zaopatrzenie w wodę i zbiorowe odprowadzanie ścieków, na podstawie którego Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o. wylicza pobierane opłaty za świadczone usługi. Przystępujący podkreśla, że powołanie się przez Zamawiającego w treści opublikowanej informacji na dane finansowe Spółki tj. przychód, jednoznacznie wskazuje na źródło zaczerpniętych informacji. Zamawiający w opublikowanej Informacji o zamiarze zawarcia umowy w sposób wyczerpujący i pełny umotywował wybór trybu udzielenie zamówienia z wolnej ręki, wykazując w sposób precyzyjny spełnienie przesłanek jego zastosowania wynikających z art. 67 ust. 1 pkt. 12 p.z.p. Zamawiający w części 5 lit. b Informacji o zamiarze zawarcia

umowy odniósł się do danych liczbowych pochodzących z jawnych źródeł (dokumenty finansowe Przedsiębiorstwa Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o.), jednocześnie podając udział procentowy działalności dotyczącej zadań powierzonych przez Miasto Kalisz PWiK. Wskazał także, że opierał się na średnich przychodach z ostatnich 3 lat obrotowych PWIK, co czyni zadość wymaganiom z art. 67 ust. 8 p.z.p.

Odnośnie zarzutu nadużycia przez Zamawiającego pozycji dominujące. Jak już zostało podniesione i wykazane w pkt. 1 Uzasadnienia, nie doszło do naruszenia przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych przez Zamawiającego, a udzielone zamówienie spełnia wszystkie warunki ustawowe przewidziane do zastosowania trybu z wolnej ręki. Z przepisów p.z.p. 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 p.z.p. Zauważyć należy, że zgodnie z art. 10 ust. 2 p.z.p. 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 PZP stanowi właśnie jeden z ustawowych przypadków – wyjątków od zasady prymatu trybów konkurencyjnych. 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 (patrz m.in. wyrok KIO z 21.04.2017 r., sygn. akt KIO 625/17; wyrok z 07.02.2017 r., sygn. akt KIO 96/17). Obowiązkiem zamawiającego, mającego zamiar udzielenia zamówienia w innym trybie niż przetarg nieograniczony i ograniczony, jest ustalenie, iż w danym przypadku istnieją przesłanki umożliwiające odstąpienie od trybów konkurencyjnych. Zamawiający jest zobowiązany do badania ustawowych przesłanek uprawniających do odstąpienia od trybów konkurencyjnych, a nie analizowania i wykazywania innych, nie wynikających z art. 67 ust. 1 pkt. 12 p.z.p. okoliczności. Wyraźnie trzeba wskazać, że 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. Kumulatywne ziszczenie się warunków wskazanych w art. 67 ust. 1 pkt. 12 p.z.p. powoduje, że w sytuacji udzielenia zamówienia z wolnej ręki, nie dochodzi do naruszenia art. 7 ust. 1 PZP. Ponadto podniósł, że Odwołujący w istocie kwestionuje nie tyle czynność zamawiającego polegającą na podjęciu decyzji o udzieleniu zamówienia z wolnej ręki, a raczej zasadność wprowadzenia do systemu prawnego możliwości udzielenia zamówień in-house. W tym kontekście zarzut naruszenia pozycji dominującej jest absurdalny. Istota zamówień in-house to możliwość realizacji pewnych zadań przez samego zamawiającego, niezależnie od tego w jakich formach prawnych on działa. Dlatego też głównym warunkiem do spełnienia jest wykazanie, że zamawiający sprawuje nad wykonawcą kontrolę odpowiadającą kontroli sprawowanej nad własnymi jednostkami polegającej na dominującym wpływie. Sytuacja wykonawcy, który ma odrębną osobowość prawną jest w sensie gospodarczym zrównana z jednostką organizacyjną zamawiającego. Nie ma więc mowy o wykorzystywaniu jakiejkolwiek pozycji dominującej w rozumieniu prawa ochrony konkurencji skoro stosunek powstający w zamówieniach in-house ma charakter analogiczny do działania własnego.

Odnośnie zarzutu wszczęcia postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki z naruszeniem podstawowych zasad TFUE. Argumentacja Odwołującego zawarta w uzasadnieniu do zarzutu koncentruje się na przywołaniu przepisów Dyrektywy 2014/24/UE, która została wdrożona do polskiego systemu prawnego w drodze ustawyz dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych i aktów wykonawczych do niej. Tym samym nie jest uprawnione powoływanie się na przepisy Dyrektywy, która nie obowiązuje bezpośrednio w polskim systemie prawa. Odwołujący nie podniósł też argumentacji wskazującej na naruszenie przez Zamawiającego bezpośrednio przepisów Traktatu. Na marginesie zauważył, że wyrok TSUE C-285/18 został przez Odwołującego przywołany wyrywkowo i błędnie. Trybunał rozpatrywał w tej sprawie kwestię, czy dopuszczalne jest aby państwo członkowskie wdrożyło przepisy o zamówieniach in-house w taki sposób, że przepis uzależnia możliwość udzielenia zamówienia *„w szczególności od warunku, że umowy zawierane w ramach udzielania zamówień publicznych nie pozwalają na zapewnienie dobrej jakości, dostępności i ciągłości świadczonych usług*'. Trybunał uznał, że ustanowienie takich przepisów (tj. „dodatkowych" ponad przepisy dyrektyw) warunków dla udzielania zamówień in-house jest zgodne z przepisami unijnymi, z zastrzeżeniem, że *„warunki, od których państwa członkowskie uzależniają udzielanie zamówień in-house, powinny zostać ustanowione w oparciu o precyzyjne i jasne przepisy prawa dotyczące zamówień publicznych, które muszą być wystarczająco dostępne i przewidywalne w zakresie ich stosowania, tak aby uniknąć wszelkiego ryzyka arbitralności*'. Wyrok ten nie ma żadnego odniesienia do niniejszej sprawy. Warunki udzielania zamówień in-house zostały jednoznacznie określone w przepisach prawa powszechnie obowiązującego. Nie istnieje nakaz dodatkowego weryfikowania przez Zamawiającego jakichkolwiek okoliczności ponad spełnienie przesłanej ustawowych dla zastosowania zamówienia z wolnej ręki. Przyjęcie wykładni przeciwnej powodowałoby powstanie sytuacji niepewności prawnej oraz możliwość w każdym przypadku uznania czynności za nieprawidłową przy powołaniu się na ogólne zasady prawa. Interpretacja taka powodowałaby, że ustanowienie jakichkolwiek przepisów szczegółowych byłoby zbędne, gdyż wszelkie normy postępowania należałoby wywodzić z zasad ogólnych.

Powyższe potwierdza za wyrokiem o sygn. akt: KIO 625/17*„Izba podzieliła w tamtej sprawie pogląd, że wskazywane w odwołaniu przepisy TFUE (w orzeczeniu Izba przywołuje m.in. art. 49, art. 56, art. 102 i art. 106 TFUE – dop. Przystępującego) nie nakładają na zamawiającego planującego udzielenie zamówienia w trybie zamówienia z wolnej ręki obowiązku wykazania, że nie narusza zasad konkurencji w inny sposób, aniżeli dzięki wykazaniu przesłanek wymaganych na mocy art. 67 ust.1 pkt 12 pzp. Odnośnie podnoszonego również w tamtej sprawie twierdzenia, że decyzja o udzieleniu zamówienia in-house powinna zostać poprzedzona analizą w przedmiocie konkurencji na rynku właściwym dla udzielanego zamówienia, podkreśliła, że ustawa pzp, w tym art. 67 ust. 1 i nast. (podobnie jak art. 12 dyrektywy) takiego obowiązku nie przewiduje.'*. Wreszcie odnosząc się do naruszenia art. 7 należy za ww wyrokiem wskazał, że *„W sytuacji udzielenia zamówienia z wolnej ręki, nie zostaje naruszony art. 7 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych, gdyż oczywiste jest, że w trybie zamówienia z wolnej ręki, którego istotą jest brak jakiejkolwiek konkurencji dla jedynego wykonawcy, trudno w ogóle rozważać na czym miałoby polegać zapewnienie przez zamawiającego przestrzegania uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami, a zasada równego traktowania wykonawców przez zamawiającego jest bezprzedmiotowa.'*.

W dniu 25.01.2021 r. (e-mailem) Zamawiający wobec wniesienia odwołanie do Prezesa KIO wniósł na piśmie, w trybie art. 186 ust. 1 Pzp, odpowiedź na odwołanie, w której oddala w całości odwołanie. Kopia została przekazana Odwołującemu oraz Przystępującym. Zamawiający w zakresie zarzutu:
1)naruszenia art. 67 ust. 1 pkt 12 P.z.p. w zw. z art. 7 ust. 1 P.z.p. w zw. z art. 18 ust. 1 Dyrektywy 2014/24/UE w zw. z art. 9 ust. 1 w zw. z art. 9 ust. 2 pkt 5 u.o.i.k. poprzez wszczęcie postępowania w trybie niekonkurencyjnym w celu wyłączenia zamówienia z zakresu stosowania Dyrektywy oraz w celu sztucznego zawężenia konkurencji z zamiarem działania na korzyść wykonawcy PWiK, co stanowi nadużycie pozycji dominującej na rynku właściwym polegające na przeciwdziałaniu ukształtowania się warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji,
2)ewentualnego, naruszenia art. 7 ust. 1 P.z.p. w zw. z art. 49, art. 56, art. 102 TFUE w zw. z art. 9 ust. 1 w zw. z art. 9

ust. 2 pkt 5 u.o.k.i.k. poprzez wszczęcie postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki z naruszeniem podstawowych zasad TFUE, w szczególności zasady swobodnego przepływu towarów, swobody przedsiębiorczości oraz swobody świadczenia usług, a także zasad które się z nich wywodzą, takich jak zasad równego traktowania, niedyskryminacji, wzajemnego uznawania i przejrzystości, a także równej konkurencji.

Podnosił, że ww. zarzuty *de facto* nie odnoszą się do naruszenia przepisów P.z.p., lecz starają się wykazać dopuszczenie się przez Zamawiającego deliktu nieuczciwej konkurencji.

Ewentualne podnoszone przez Odwołującego naruszenia, którym Zamawiający zaprzecza, mogą być oceniane przez organy posiadające stosowne kompetencje np. Prezesa UOKiK. Przywołane przez Odwołującego czynniki, jako niewyrażone w P.z.p. pozostają jednak poza oceną „zgodności czynności lub zaniechań zamawiającego z przepisami ustawy" przez KIO. Powyższe podkreśla Izba m.in. w wyroku z dnia 27 grudnia 2018 r., KIO 2567/18 wskazując, że *Izba nie ma kognicji do rozstrzygania w ramach postępowania odwoławczego do rozstrzygania zarzutów naruszenia przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Pomimo zatem, że niewątpliwie zamawiający są przedsiębiorcami w rozumieniu definicji z art. 4 pkt 1 lit. a tej ustawy, wobec braku kompetencji do orzekania o czynach nieuczciwej konkurencji w rozumieniu uznk czy o praktykach antykonkurencyjnych w rozumieniu uokik popełnianych przez zamawiających. Z tego względu Izba oddaliła jako niepodlegający rozpoznaniu zarzut nadużycia przez Zamawiającego pozycji dominującej w rozumieniu art. 9 ust. 2 pkt 5 uokik*." Niezależnie od powyższego, z ostrożności procesowej, Zamawiający podkreśla, że przepisy prawa samorządowego oraz u.g.k., kreują prawne formy realizacji zadań przez gminy, w tym konstytuują zasadę swobody organizatorskiej samorządu terytorialnego w sferze gospodarki komunalnej, także w zakresie gospodarki odpadami komunalnymi (której dotyczy zamówienie udzielane w Postępowaniu). Zaznaczenia wymaga, że wykreowany ustawami samorządowymi oraz u.g.k. system „*tworzy gwarancję organizatorskiej swobody w sferze gospodarki komunalnej, która wyraża się w tym, że w ramach ogólnej normy kompetencyjnej jednostki samorządu terytorialnego dysponują samodzielnością upoważniającą do działania nakierowanego na osiągnięcie określonego celu*" (A. Trela, „Powierzenie zadań z zakresu gospodarki komunalnej a swoboda zawierania umów", RPEiS, z. 3/2015, s. 250).

Na gruncie prawa unijnego, z odwołaniem do cytowanego przez Odwołującego orzeczenia TSUE z dnia 3 października 2019 r., C-185/18, powyższe potwierdza TSUEw wyroku z dnia 2 kwietnia 2020 r. C-3/19, w którym wskazuje, że „*art. 2 ust. 1 akapit pierwszy dyrektywy 2014/23 ustanawia zasadę swobodnego administrowania przez krajowe, regionalne i lokalne organy władzy publicznej zgodnie z prawem krajowym i prawem Unii.* (…) *Po trzecie, z art. 2 ust. 1 akapit drugi dyrektywy 2014/23 w związku z jej motywem 5 wynika, że wspomniane organy mogą zdecydować, czy będą wykonywać swoje zadania w zakresie interesu publicznego z wykorzystaniem własnych zasobów, czy we współpracy z innymi organami, lub czy powierzą je wykonawcom. Jak zatem widać, dyrektywa 2014/23 nie może pozbawić państw członkowskich swobody optowania za jednym sposobem zarządzania na niekorzyść innych.*

Swoboda ta oznacza bowiem dokonanie wyboru na etapie poprzedzającym udzielenie koncesji, a w związku z tym ta decyzja nie może być objęta zakresem dyrektywy (zob. analogicznie wyrok z dnia 3 października 2019 r., Irgita, C-285/18, EU:C:2019:829, pkt 44; postanowienia z dnia 6 lutego 2020 r.: Pia Opera Croce Verde Padova, C-11/19, EU:C:2020:88, pkt 41; Rieco, od C-89/19 do C-91/19, EU:C:2020:87, pkt 33).".

Swoboda ta doznaje ograniczenia prawnego – w zakresie stosowania formuły in-house, albowiem prawodawca krajowy zdecydował się na zobowiązanie zamawiających, do udzielania wskazanej kategorii zamówień, niemieszczącej się w zakresie stosowania Dyrektywy 2014/24/UE, z wykorzystaniem trybu zamówienia z wolnej ręki (w oparciuo zakodowane w art. 67 ust. 1 pkt 12 – 15 P.z.p. przesłanki). Powyższym ustawodawca dokonał abstrakcyjnego wyważenia zasad prawnych, w tym zasady uczciwej konkurencji oraz proporcjonalności. W rezultacie ziszczenie się przesłanek wyrażonych w art. 67 ust. 1 pkt 12 – 15 P.z.p. przy jednoczesnym spełnieniu wymogów przewidzianych dla stosowania trybu zamówienia z wolnej ręki, stanowi kompleksowe wypełnienie wszelkich obowiązków wynikających z P.z.p. dla udzielenia zamówienia in-house. Powyższe potwierdza szereg judykatów Izby. Egzemplifikując, Izba w wyroku:

1)z 27.12.2018 r., sygn. akt: KIO 2567/18 wskazała, że z „*przepisów ustawy pzp nie wynika, aby dla dzielenia z wolnej ręki zamówienia tzw. in-house konieczne było spełnienie innych przesłanek, niż wprost wymienione w art. 67 ust. 1 pkt 14 pzp. Jest to właśnie jeden z określonych w ustawie pzp wyjątków, do których odsyła art. 10 ust. 2 pzp, od zasady prymatu trybów najbardziej konkurencyjnych (czyli przetargów: nieograniczonego i ograniczonego) z art. 10 ust. 1 pzp. Innymi słowy z przepisów art. 10 pzp wynika, że w razie spełnienia przesłanek udzielenia zamówienia z wolnej ręki określonych w ustawie pzp nie dochodzi do naruszenia zasady z ust. 1, gdyż w takim przypadku znajduje zastosowanie wyjątek, o którym mowa w ust. 2. W takiej sytuacji nie zostaje również naruszony art. 7 ust. 1 pzp, gdyż oczywiste jest, że w trybie zamówienia z wolnej ręki, którego istotą jest brak jakiejkolwiek konkurencji dla jedynego wykonawcy, trudno w ogóle rozważać na czym miałoby polegać zapewnienie przez zamawiającego przestrzegania uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami, a zasada równego traktowania wykonawców przez zamawiającego jest bezprzedmiotowa. (…) Ujmując to w szerszej perspektywie - konstrukcja art. 67 pzp jest taka, że ust. 1 w pkt od 1 do 15 zawiera taksatywne wyliczenie wszystkich sytuacji, w których zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki, przy czym na każdą z nich składają się określone przesłanki, które łącznie muszą być spełnione. Wykazanie spełnienia się tych przesłanek jest konieczne, a zarazem wystarczające, aby zamawiający mógł udzielić zamówienia w trybie z wolnej ręki. (…) Powyższe przepisy ustawy pzp - zarówno co przesłanek określających zamówienie in-house, jak i zakresu wymaganego udowodnienia wystąpienia tej sytuacji w danym postępowaniu - nie poddają się wykładni, prezentowanej w odwołaniu jako prounijna, gdyż jej sugerowany rezultat - w postaci konieczności uzasadniania wystąpienia dodatkowych przesłanek, wywodzonych z art. 18 ust. 1 dyrektywy klasycznej - stanowiłby w istocie wykładnię contra legem przepisów ustawy pzp. Tymczasem, jak sam zauważył Odwołujący, o ile w ustawie pzp zamówienie in-house zostało ujęte jako jeden z przypadków uzasadniających udzielenie zamówienia w trybie z założenia wyłączającym konkurencję, o tyle według dyrektywy, po spełnieniu przesłanek z art. 12 ust. 3 (analogicznych do określonych w art. 67 ust. 1 pkt 14 pzp), zamówienia takie nie są w ogóle objęte zakresem jej zastosowania. W takiej sytuacji nie ma możliwości badania innego, niż przez pryzmat tych przesłanek, czy udzielenie zamówienia in-house nie stanowi nieuzasadnionego wyłączenia danego zamówienia z zakresu zastosowania dyrektywy lub przejaw sztucznego zawężania konkurencji.*",

2)z 21.04.2017 r., sygn. akt: KIO 625/17, w którym Izba wskazała, że „*odnośnie podnoszonego (…) twierdzenia, że decyzja o udzieleniu zamówienia in-house powinna zostać poprzedzona analizą w przedmiocie konkurencji na rynku właściwym dla udzielanego zamówienia, podkreśliła, że ustawa pzp, w tym art. 67 ust. 1 i nast. (podobnie jak art. 12 dyrektywy) takiego obowiązku nie przewiduje. Nie można zatem domagać się od zamawiającego przedłożenia takiej analizy w jakiejś szczególnej formie. Izba jednocześnie zauważyła, że podane w informacji (o zamiarze udzielenia zamówienia) dane odnoszą się do ustaleń zamawiającego w zakresie przesłanek z art. 67 ust. 1 pkt 12 pzp i jest to nic innego jak analiza dokonaną w celu podjęcia decyzji, czy dopuszczalne jest skorzystanie z instytucji in-house.*",

3)z 21.04.2017 r., sygn. akt: KIO 625/17, w którym KIO podniosła, że *obowiązek publikacji informacji o zamiarze zawarcia umowy w tym trybie ma na celu wyłącznie umożliwienie innym podmiotom dokonania oceny, czy zamawiający ma podstawy do udzielenia zamówienia in-house w świetle przesłanek przewidzianych w pzp. Natomiast nie było intencją*

ustawodawcy, aby w przypadku zainteresowania się innych podmiotów zamówieniem in-house zamawiający przerwał rozpoczętą procedurę zmierzającą do udzielenia zamówienia w tym trybie. Taka intencja wyrażona zostałaby w przesłance stanowiącej o obowiązku odstąpienia od tej procedury lub też, jako przesłanka powodująca unieważnienie postępowania. Zdaniem Izby, zobowiązując zamawiającego do zamieszczenia takiej informacji ustawodawca zapewnił ochronę zasady konkurencji i przejrzystości, a potencjalnym wykonawcom dał możliwość zweryfikowania spełniania m.in. przesłanek z art. 67 ust. 1 pkt 12 pzp, gdyż mają oni prawo wnieść odwołanie i w takim kontekście może ono zostać rozpoznawane przez Izbę.',
4)z 07.02.2017 r., sygn. akt: KIO 96/17, w którym Izba uznała, że ‚*odnośnie zarzutu nadużycia przez Zamawiającego pozycji dominującej na rynku właściwym, wyrażającym się w przeciwdziałaniu ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji z uwagi na sprzecznym z zasadami konkurencji zastosowanie instytucji in-house, Izba zgodziła się ze stanowiskiem Zamawiającego, że akceptacja argumentacji wnoszącego odwołanie wykonawcy, co do nadużycia przez zamawiającego pozycji dominującej, w konsekwencji prowadziłaby do wniosku, że skorzystanie przez zamawiającego z instytucji in-house prowadzi z założenia do takiego nadużycia. Tymczasem, zarówno Dyrektywa jak i ustawa Pzp, regulując instytucje inhouse uznają uprzywilejowaną pozycję zamawiającego pod warunkiem, że dla udzielenia zamówienia na podstawie art. 67 ust.1 pkt 12 z zastosowaniem ust. 8 i ust.9 ustawy Pzp, spełnione zostają określone przepisami przesłanki dla tej szczególnej instytucji.*" Zamawiający przytoczone stanowiska Izby w pełni poparł i wskazał jako argumenty własne, w odpowiedzi na odwołanie.

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

Tytułem uzupełnienia, z ostrożności procesowej, w zakresie w jakim ww. zarzut Odwołujący opiera, na przyjęciu, że:
1)PWiK nie posiada odpowiednich zasobów, w tym odpowiednich zasobów technicznych niezbędnych do świadczenia usług objętych przedmiotem zamówienia,
2)PWiK nie posiada wpisu do Rejestru Działalności Regulowanej,
3)nie ma gwarancji, że Zamawiający nie dopuści się subsydiowania skrośnego, niezależnie od bezpodstawności przywoływania ww. okoliczności dla wykazania zamierzonych przez Odwołującego tez, Zamawiający podnosi, że zarzuty te są kontrfaktyczne.

PWiK posiada i jest w dyspozycji następujących pojazdów:
1.PK 4855L Iveco Daily – do odpadów zbieranych selektywnie
2.PK 3674F Iveco Daily – do odpadów zbieranych selektywnie
3.PK 50232 Renault – do odpadów zbieranych selektywnie
4.PK 5160L FUSO – bez funkcji kompaktującej 5. PK 5200I Scania – do odpadów zmieszanych
6. PKAVS63Scania – do odpadów zmieszanych Pojazdy z pozycji 1-5 są własnością PWiK, a pojazd z pozycji 6 PWiK użytkuje na podstawie umowy najmu.

Ponadto PWiK posiada wszelkie niezbędne uprawnienia do realizacji zamówienia.

Zarzut subsydiowania skrośnego działalności odpadowej przychodami z opłat za usługi wodnokanalizacyjne, lub z przeciwnym wektorem, należy uznać za:
1)hipotetyczny, potencjalny i nie skonkretyzowany żadnymi argumentami lub dowodami,
2)bezpodstawny albowiem, żadne z dokumentów lub zachowań Zamawiającego nie potwierdzają takiego zamiaru,
3)podniesiony wyłącznie w celu zbudowania dogodnej dla Odwołującego narracji procesowej, stwarzający pozory niezgodnych z prawem zamierzeń Zamawiającego. Zamawiający zaprzecza, jakoby w jakikolwiek sposób miał zamiar skrośnie subsydiować realizację zadań przez PWiK. W szczególności przewidziane w umowie o zamówienie publiczne wynagrodzenie, pozwala na zgodne z przepisami, w tym o pomocy publicznej, zrealizowanie zlecanej PWiK usługi.

Zamawiający w zakresie zarzutu naruszenia art. 67 ust. 1 pkt 12 lit b) w zw. z art. 67 ust. 8 P.z.p. z powołaniem na okoliczność, iż „w uzasadnieniu nieprawdziwe dane odnoszące się do procentowego udziału tej działalności w działalności spółki" oraz, że „z informacji posiadanych przez Odwołującego wynika, że procent przychodu z zadań powierzonych PWiK przez Zamawiającego nie osiąga wymaganych 90%", podnosi, że:
1) przewidziana w art. 67 ust. 1 pkt 12 lit b) P.z.p. przesłanka tzw. zależności ekonomicznej została spełniona w stanie faktycznym udzielania zamówienia w ramach postępowania,
2) przewidziana w art. 67 ust. 1 pkt 12 lit b) P.z.p. przesłanka tzw. zależności ekonomicznej została wykazana w sposób o którym mowa w art. 67 ust. 11 pkt 5 P.z.p.,
3) podniesione przez Odwołującego w Odwołaniu (jak również przez Przystępującego po stronie Odwołującego w skierowanym do Izby przystąpieniu) okoliczności oraz argumenty nie wykazują stanu odmiennego niż wskazany powyżej w pkt 1) i 2).

Konkretyzując powyższe w zakresie zarzutów Odwołującego kwestionujących ziszczenie się przewidzianej w art. 67 ust. 1 pkt 12 lit b) P.z.p. przesłanki, ze względu na nieprawidłowe kwalifikowanie przychodów osiągniętych przez PWiK jako osiągniętych w odniesieniu do usług, dostaw lub robót budowlanych za 3 lata poprzedzające udzielenie zamówienia, Zamawiający w pierwszej kolejności wskazuje, że zgodnie z art. 67 ust. 1 pkt 12 lit b) P.z.p.: „*Zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki, jeżeli* (…) *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*" . Powyższe w zakresie sposobu ustalenia zaistnienia ww. okoliczności, konkretyzuje art. 67 ust. 8 P.z.p. zgodnie z którym „*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*.". Izba w uchwale z 21.08.2017 r., sygn. akt: KIO/KU 46/17, dokonując interpretacji art. 67 ust. 8 P.z.p., wskazała, że ‚*w zakresie wykładni językowej stwierdzić należy, że ustawodawca przy określaniu zakresu działalności kontrolowanej osoby prawnej posłużył się sformułowaniem <dotyczy wykonywania zadań powierzonych>. Zgodnie z założeniem racjonalności ustawodawcy uznać trzeba, że użycie słowa <dotyczy> nie ma charakteru przypadkowego, ale stanowi odzwierciedlenie celowego zamierzenia ustawodawcy. Tak więc skoro ustawodawca nie posłużył się sformułowaniem, że <w 90% działalność*

obejmuje wykonywanie zadań powierzonych> lecz sformułowaniem, że <90% działalności dotyczy wykonywania zadań powierzonych> uznać należy, że celowo dokonał rozszerzenia tego zakresu. Zgodnie bowiem ze słownikiem języka polskiego słowo dotyczyć oznacza tyle co <odnosić się do kogoś lub do czegoś>. Tak więc biorąc po uwagę wykładnię językową tego przepisu 90% działalności kontrolowanej osoby prawnej powinno odnosić się do wykonywania zadań powierzonych." Powyżej ukazana optyka normatywna jest właściwa dla ustalenia jaki stopień działalności PWiK w okresie 3 lat poprzedzających udzielenie zamówienia dotyczył wykonywania zadań powierzonych przez Miasto Kalisz.

W pierwszej kolejności wskazał, że zgodnie z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 7 czerwca 2001 r. o zbiorowym zaopatrzeniu w wodę i zbiorowym odprowadzaniu ścieków (tj. Dz. U z 2020r., poz. 2028 z późn. zm. – dalej: u.o.z.z.w.z.o.ś.) zbiorowe zaopatrzenie w wodę i zbiorowe odprowadzanie ścieków jest zadaniem własnym gminy. Zadanie to ma charakter obligatoryjny [Por. B. Brynczak, Komentarz do art. 3 [w:] K. Ubysz, B. Brynczak, Ustawa o zbiorowym zaopatrzeniu w wodę i zbiorowym odprowadzaniu ścieków. Komentarz, Warszawa 2015, System Informacji Prawnej LEX; Por. wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego we Wrocławiu z dnia 2 lutego 2012 r., sygn. IV SA/Wr 715/11; wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 23 września 2010r., sygn. II OSK 1405/09; Jak słusznie wskazuje się w doktrynie *„Gmina nie może wyzbyć się obowiązku realizacji zadań własnych o charakterze obowiązkowym, nawet w przypadku przekazania ich do wykonywania innym podmiotom.'* (M. Augustyniak, T. Moll, Komentarz do art. 7 [w:] B. Dolnicki (red.), Ustawa o samorządzie gminnym. Komentarz, wyd. II, , Warszawa 2018, System Informacji Prawnej LEX]. Uchwałą Nr XX/138/91 Rady Miejskiej Kalisza z dnia 03 grudnia 1991 r. przekształcono Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w jednoosobową spółkę miasta z ograniczoną odpowiedzialnością (§ 1 Uchwały) i wskazano, że Spółka powołana jest do zapewnienia ciągłości i powszechnej dostępności dostaw wody i odbioru ścieków na terenie miasta Kalisza (§ 4 Uchwały). Wskazana uchwała stanowi podstawę powierzenia przez Miasto Kalisz, PWiK realizacji zadań ciążących na gminie. Również zgodnie z § 7 umowy Spółki, PWiK, której założycielem i jedynym właścicielem jest Miasto Kalisz, powołana jest do zapewnienia ciągłości powszechnej dostępności dostaw wody i odbioru ścieków na terenie Miasta Kalisza.

W konsekwencji realizacja przez PWiK usług z zakresu zbiorowego zaopatrzeniaw wodę i zbiorowego odprowadzania ścieków stanowi działalność dotyczącą wykonywania zadań powierzonych przez Miasta Kalisz. Nie sposób wywodzić odmiennego wniosku, z okoliczności przywołanych przez Odwołującego. Odwołujący podnosił, że *„w przypadku świadczonej sprzedaży i usług objętych taryfą za zbiorowe zaopatrzenie w wodę i zbiorowe odprowadzanie ścieków, wcale nie oznacza, że są to usługi powierzone PWiK przez Zamawiającego Miasto Kalisz. Wręcz przeciwnie – są to najczęściej usługi świadczone na rzecz podmiotów trzecich (osoby fizyczne, osoby prawne, tzw. ułomne osoby prawne), które zawierają samodzielnie umowy z PWiK na dostawy wody i odprowadzanie ścieków i to te podmioty właśnie w całości, samodzielnie uiszczają opłaty na rzecz PWiK. Jedynie z uwagi na swoisty monopol PWiK na terenie Miasta Kalisz (związany z posiadaniem sieci wodociągowo-kanalizacyjnej) jest tak, że podmioty te są niejako <skazane> na PWiK, a żaden inny podmiot de facto nie jest w stanie świadczyć tożsamych usług na tym samym rynku, to jest na terenie Miasta Kalisz. Nie oznacza to jednak, że są to usługi powierzone przez Miasto Kalisz, bowiem:*
-PWiK nie zawarło umów z Miastem Kalisz, na podstawie których dostarczałoby wodęi odprowadzało ścieki do i z nieruchomości, których właścicielami są wyżej wskazane podmioty, inne niż Miasto Kalisz;
-Miasto Kalisz w imieniu wyżej wskazanych podmiotów nie wnosi żadnych opłat na rzecz PWiK, lecz podmioty te opłacają usługi świadczone przez PWiK samodzielnie."(*Odwołanie*, s. 6). Jednocześnie Odwołujący argumentuje, że ze sprawozdań finansowych PWiK wynika brak rozliczeń z podmiotami powiązanymi, w tym – jak należy rozumieć – z Zamawiającym (Odwołanie, s. 8). Powyższe prowadzi Odwołującego do wniosku, że *„Zamawiający nie jest głównym odbiorcą usług sprzedawanych przez PWiK, a tym samym nie jest głównym generatorem przychodu spółki, zatem uwzględniając, że za dostawę wody oraz odprowadzanie ścieków cenę płacą poszczególni usługobiorcy (przedsiębiorcy, osoby fizyczne oraz inne podmioty) nie sposób w żaden sposób uznać, by 90% przychodów PWiK w ostatnich 3 latach pochodziło od Zamawiającego."* (odwołanie, s. 9).

W powyższym wywodzie Odwołujący w sposób nieuzasadniony przyjmuje, że:
1)okoliczność zawierania umów pomiędzy usługobiorcami a PWiK czy też
2)uiszczanie opłat przez usługobiorców bezpośrednio na rzecz PWiK [Odwołujący wskazał także na przepływy finansowe pomiędzy odbiorcami usług, gminą a PWiK wskazując, że tylko w przypadkach określonych w art. 22 ustawy o zbiorowym zaopatrzeniu w wodę i zbiorowym odprowadzaniu ścieków gmina obciążana jest kosztami świadczonej przez PWiK usługi, zaś w pozostałym zakresie za usługi płacą ich odbiorcy, co oznacza że przychody PWiK w tym zakresie nie pochodzą ze środków publicznych transferowanych przez Zamawiającego (odwołanie, s. 11).]
3) *„ceny i stawki opłat za zbiorowe zaopatrzenie w wodę i zbiorowe odprowadzanie ścieków przedsiębiorstwo określa w formie taryfy (art. 2 pkt 12 ustawy o zbiorowym zaopatrzeniu w wodę) nie oznacza, by przychody trafiające do PWiK od różnych użytkowników rynku właściwego, jakim jest rynek dostawy wody i odbioru ścieków, były przychodami o charakterze publicznym uzyskiwanym od Zamawiającego."* (odwołanie, s. 10)

- kolidują z tym, aby realizację przez PWiK usług z zakresu zbiorowego zaopatrzenia w wodę i zbiorowego odprowadzania ścieków zaliczyć jako dotyczące wykonywania zadań powierzonych przez Miasto Kalisz. W konsekwencji Odwołujący kwestionuje, zasadność kwalifikowania przychodów Spółki pochodzących z opłat od usługobiorców jako pochodzące z świadczeń dotyczących wykonywania zadań powierzonych przez Miasto Kalisz.

Względem powyższego należy podnieść, że zawieranie przez PWiK umówz usługobiorcami wynika wprost z przyjętych rozwiązań prawnych. PWiK ma obowiązek 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 u.o.z.z.w.z.o.ś.). Dostarczanie wody lub odprowadzanie ścieków odbywa się bowiem na podstawie pisemnej umowy o zaopatrzenie w wodę lub odprowadzanie ścieków zawartej między przedsiębiorstwem wodociągowo-kanalizacyjnym a odbiorcą usług (art. 6 ust. 1 u.o.z.z.w.z.o.ś.). Odbiorcą usługi jest natomiast – zgodnie z definicją ustawową - 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. Powyższe nie oznacza jednak, że ww. usługi nie są realizowane w ramach powierzenia ich przez Miasto Kalisz. PWiK. Realizacja tychże usług przez PWiK stanowi bezpośrednią konsekwencję powierzenia zadania Spółce, przez Miasto Kalisz, które m.in. mogłoby realizować je w innej formie (np. samodzielnie, bez powołania spółki, czy w formie zakładu budżetowego /Zadanie własne gminy w zakresie zbiorowego zaopatrzenia w wodę i zbiorowego odprowadzania ścieków może być prowadzone samodzielnie przez gminę, przez gminną jednostkę organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej (np. zakład budżetowy) albo przez przedsiębiorcę w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 6 marca 2018r. Prawo przedsiębiorców (np. w spółka komunalna – spółka z ograniczoną odpowiedzialnością lub spółka akcyjna). W przypadku wyboru przez gminę jako formy realizacji powyższego zadania własnego zakładu budżetowego czy spółki komunalnej znajdą w tym zakresie zastosowanie przepisy u.g.k./). Decyzją Miasta Kalisz, zadania te realizuje PWiK i osiąga z tego

tytułu przychody w formie prawem przewidzianej.

Z kwalifikacją usług wodociągowo-kanalizacyjnych z zakresu zbiorowego zaopatrzenia w wodę i zbiorowego odprowadzania ścieków jako stanowiących realizację zadań powierzonych nie koliduje również uiszczanie opłat przez usługobiorców. Powyższe w sposób jednomyślny potwierdzają zarówno organy judykacyjne, egzekutywa jak i przedstawiciele doktryny. TSUE w wyroku z dnia 11 maja 2006 r., (Carbotermo SpA, Consorzio Alisei vs. Comune di Busto Arsizio, AGESP SpA, C-340/04) wskazało, że, *jeśli chodzi o kwestę, czy w tym kontekście należy uwzględnić tylko przychód uzyskany od kontrolującej jednostki samorządu terytorialnego, czy też przychód uzyskany z tytułu działalności wykonywanej na obszarze jej właściwości, to należy uznać, że 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. Również bez znaczenia jest, na jakim obszarze usługi te są świadczone*".

Mając na względzie, iż wprowadzenie omawianej regulacji do dyrektywy klasycznej dokonano mając na celu, zapewnienie zgodności z istniejącym orzecznictwem TSUE(*vide* motyw 31 dyrektywy klasycznej)/ Patrz także: Zamówienia publiczne w Unii Europejskiej po modernizacji – nowe unijne dyrektywy koordynujące procedury udzielania zamówień publicznych, Urząd Zamówień publicznych 2014/, w tym m.in. orzeczeniem w sprawie Carbotermo, należy stanąć na stanowisku, iż również na gruncie art. 12 ust. 1 lit. b) dyrektywy klasycznej, nie jest istotne kto płaci wynagrodzenie za wykonywanie działalności prowadzonej w ramach wykonywania zadań powierzonych.

Powyższy sposób interpretacji analizowanych przepisów – z odwołaniem do dorobku orzeczniczego TSUE - prezentowany jest także w:
1)najnowszym piśmiennictwie / Por. A. Kawik, Zamówienia in-house w nowych dyrektywach, Zamówienia Publiczne DORADCA 1/2016, s. 16./,
2)judykatach KIO, np. w wyroku z 04.10.2019 r., sygn. akt: KIO 1842/19, w którym Izba wskazał, że *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.*"

3)aktach interpretacji wydanych przez Prezesa UZP. Organ ten wskazał, że *„poprzez <zadania powierzone> należy bez wątpienia rozumieć zadania zlecone w różnej formie przez instytucję zamawiającą podległej osobie prawnej. Bez znaczenia pozostaje przy tym źródło przychodu; zlecający zadanie nie musi być jednocześnie płatnikiem za daną usługę.*" / Współpraca publiczno-publiczna, UZP, s. 13, [dostęp on line: https://www.uzp.gov.pl/__data/assets/word_doc/0020/34850/WSPOLPRACA-PUBLICZNO-PUBLICZNA-WROZUMIENIU-USTAWY-PZP.docx] /

Również charakter prawny opłaty za usługi z zakresu zbiorowego zaopatrzenia w wodę i zbiorowego odprowadzania ścieków, nie wpływa w jakikolwiek sposób na kwalifikację przychodów jako pochodzących z realizacji usług, dotyczących wykonywania zadań powierzonych przez Miasto Kalisz. Prawodawca żadnym z przepisów, w szczególności w art. 67 ust. 1 pkt 12 lit b) i art. 67 ust. 8 P.z.p., nie warunkuje sposobu kwalifikacji przychodów w zależności od tego czy związane są one z uiszczaniem opłat cywilnoprawnych (np. bilet w usługach transportu miejskiego, zapłata za karnet na basen miejski) czy uiszczaniem opłaty o odmiennym charakterze (np. opłaty za odbiór odpadów komunalnych). Charakter prawny opłat stanowiących źródło przychodów podmiotu zależnego ekonomicznie (tu: PWiK) jest całkowicie irrelewantny dla przesłanki wyrażonej w art. 67 ust. 1 pkt 12 lit b). Gdyby było inaczej, to wskazana kwestia była by wyraźnie przesądzona prawnie. We wskazanym kontekście irrelewantne jest również to, czy realizacja przez PWiK wskazanej działalności następuje na rzecz osób fizycznych, podmiotów prowadzących działalność gospodarczą, czy też spółdzielni mieszkaniowych. Niezależnie od tego do której kategorii zaliczony zostanie usługobiorca świadczenie przez PWiK usług z zakresu zbiorowego zaopatrzenia w wodę i zbiorowego odprowadzania ścieków, stanowi realizację powierzonych przez Miasto Kalisz, PWiK zadań gminy. Poparcia prawnego nie znajduje kwestionowanie przez Odwołującego, że jako przychody związane z działalnością realizowaną w ramach powierzenia przez Miasto Kalisz, nie mogą być kwalifikowane przychody związane ze zbiorowym dostarczaniem wody i zbiorowym odprowadzaniem ścieków od spółdzielni mieszkaniowych (odwołanie, s. 7).

Zgodnie z przywołanym już art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 7 czerwca 2001 r. u.o.z.z.w.z.o.ś. zbiorowe zaopatrzenie w wodę i zbiorowe odprowadzanie ścieków jest zadaniem własnym gminy. Przepis ten należy interpretować przez pryzmat art. 2 tejże ustawy, który zawiera definicje (tzw. słowniczek) pojęć występujących w ustawie. Zgodnie z tym przepisem użyte w ustawie (w tym w art. 3 ust. 1 u.o.z.z.w.z.o.ś.) określenie „*zbiorowe zaopatrzenie w wodę*" oznacza „*działalność polegającą na ujmowaniu, uzdatnianiu i dostarczaniu wody, prowadzoną przez przedsiębiorstwo wodociągowo-kanalizacyjne*", zaś określenie „*zbiorowe odprowadzanie ścieków*" oznacza „*działalność polegającą na odprowadzaniu i oczyszczaniu ścieków, prowadzoną przez przedsiębiorstwo wodociągowo-kanalizacyjne*".

W powyższych definicjach legalnych wyznaczających zakres zadania własnego gminy nie sposób doszukiwać się ograniczenia aktywności gminy czy działających w jej imieniu jednostek organizacyjnych (zakładów budżetowych czy spółek prawa handlowego) do zaopatrzenia w wodę jedynie osób fizycznych (mieszkańców) czy też ograniczenia się jedynie do odprowadzania i oczyszczania ścieków komunalnych.

Podkreślił, że zgodnie z Zasadami techniki prawodawczej /Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 20 czerwca 2002r., w sprawie „Zasad techniki prawodawczej" (t.j. Dz. Z 2016r., poz. 283 z późn. zm.) – dalej: ZTP; Jak słusznie wskazuje L. Morawski,*„nie może ulegać wątpliwości, iż interpretator jest zobowiązany w toku wykładni do respektowania powszechnie przyjętych zasad techniki legislacyjnej.'* (L. Morawski, Wykładnia w orzecznictwie sądów. Komentarz, Toruń 2002, s. 23). Podkreślić należy, że *„definicje legalne rozpatrywane na poziomie dyrektywnym są przepisami prawnymi, z których odtwarza się szczególnego rodzaju normy, mianowicie te, które nakazują uwzględniać znaczenie. (…) odtworzone z definicji legalnych normy są normami szczególnego rodzaju: nakazują one takie postępowanie interpretacyjne przy odtwarzaniu norm z przepisów, by pewne zwroty zawarte w przepisach, a definiowane w interesującej nas definicji legalnej, zastąpić zwrotami definiującymi zawartymi w definiensie tej definicji. Skrótowo mówi się, że nakazują one rozumienie określonych słów czy zwrotów.'* (M. Zieliński, Wykładnia prawa. Zasady. Reguły. Wskazówki, wyd. II, Warszawa 2002, s. 203). 12 Por. przykładowo art. 10 ustawy o zbiorowym… regulujący dodatkowe obowiązki

dostawy ścieków przemysłowych, które mają być realizowane niezależnie od obowiązków podstawowych dotyczących wszystkich odbiorców usług (przykładowo obowiązek dopuszczenia przedstawiciela przedsiębiorstwa wodociągowo-kanalizacyjnego do wykonywania czynności określonych w art. 7 ustawy o zbiorowym…)/ jeżeli w ustawie ustalono znaczenie danego określenia w drodze definicji, w obrębie tego aktu nie wolno posługiwać się tym określeniem w innym znaczeniu (§ 147 ust. 1 ZTP). Jeżeli zachodzi konieczność odstąpienia od zasady wyrażonej w ust. 1, wyraźnie podaje się inne znaczenie danego określenia i ustala się jego zakres odniesienia (§ 147 ust. 2 ZTP). Tym samym interpretując art. 3 ust. 1 u.o.z.z.w.z.o.ś. nie sposób pominąć przytoczonych powyżej definicji legalnych. Jednocześnie wskazać należy, że *ustawa o zbiorowym…* odrębnie definiuje pojęcie „*ścieków*", „*ścieków bytowych*", „*ścieków komunalnych*" i „*ścieków przemysłowych*". Tym samym pojęciu „*ścieków*", które zostało użyte w definicji zbiorowego odprowadzania ścieków składającego się na zadanie własne gminy należy przypisać znaczenie najszersze wynikające wprost z ustawy. Gdyby wolą ustawodawcy było ograniczenie gminy w tym zakresie posłużyłby się w przedmiotowym zakresie jednym z innych zdefiniowanych przez siebie pojęć o węższym zakresie przedmiotowym[12], czego jednakże świadomie nie uczynił albo też wyraźnie (zgodnie z *ZTP*) wprowadziłby wyjątek od sformułowanych przez siebie definicji, czego również nie uczynił na gruncie analizowanych przepisów.

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 u.o.z.z.w.z.o.ś.). Odbiorcą usługi jest natomiast – zgodnie z definicją ustawową - 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. W doktrynie słusznie wskazuje się, że „*odbiorca usług wodociągowo-kanalizacyjnych, który określany jest jako „osoba", może być osobą fizyczną, osobą prawną oraz jednostką organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej.*"/B. Brynczak, Komentarz do art. 6 [w:] K. Ubysz, B. Brynczak, Ustawa o zbiorowym zaopatrzeniu w wodę i zbiorowym odprowadzaniu ścieków. Komentarz , Warszawa 2015, System Informacji Prawnej LEX. Por. także: P. Bojarski, Komentarz do art. 6 [w:] W. Radecki, J. Rotko, P. Bojarski, Ustawa o zbiorowym zaopatrzeniu w wodę i zbiorowym odprowadzaniu ścieków. Komentarz, Warszawa 2011, System Informacji Prawnej LEX/. Powyższy sposób interpretacji potwierdza także KIO, która w wyroku z dnia 24.01.2020 r., sygn. akt: KIO 2642/19 zasadnie uznała, że „*Przepisy ustawy o zbiorowym zaopatrzeniu w wodę i zbiorowym odprowadzaniu ścieków nie odróżniają w tym zakresie budynków zamieszkiwanych przez mieszkańców od budynków zbiorowego zamieszkania, budynków urzędowych, budynków użyteczności publicznej, innych budynków dostępnych publicznie itp.*".

Podobne stanowisko KIO zajęła w wyroku z dnia 4 października 2019 r., sygn. akt: KIO 1842/19 wskazując, że: „*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 orzeczeniu tym KIO odnosząc się do zarzutów odwołującego się wskazała, że „*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*".

Uwzględniając powyższe, z zastosowaniem wymogów określonych w art. 67 ust. 8 P.z.p., tj. przy uwzględnieniu średniego przychodu osiągniętego przez PWiK w okresie 3 lat poprzedzających udzielenie zamówienia, nastąpiło ustalenie poziomu przychodów jakie PWiK uzyskało z działalności dotyczącej wykonywania zadań powierzonych przez Miasto Kalisz. Nie znajduje zatem potwierdzenia zarzut Odwołującego, że Zamawiający nie wykazał przesłanki wyrażonej w art. 67 ust. 1 pkt 12 lit b) P.z.p. poprzez powołanie się na dane finansowe dotyczące „*działalności objętej taryfą za zbiorowe zaopatrzenie w wodę i zbiorowe odprowadzanie ścieków*" albowiem Zamawiający „*nie podał jednak przy tym jakiekolwiek informacji dotyczącej procentowego udziału działalności wykonywania zadań powierzonych spółce (jego wysokości) stricte przez Zamawiającego*". Wskazana konkluzja Odwołującego opiera się na błędnym interpretowaniu przesłanki „*działalności dotyczącej wykonywania zadań powierzonych mu przez zamawiającego*". Uzupełniająco, Zamawiający podnosił, że w świetle regulacji u.o.z.z.w.z.o.ś nie powinno budzić wątpliwości interpretacyjnych, że posłużenie się w informacji o zamiarze zawarcia umowy opublikowanej na BIP w trybie art. 67 ust. 11 P.z.p. zwrotem „*podstawowej działalności objętej taryfą za zbiorowe zaopatrzenie w wodę i zbiorowe odprowadzanie ścieków*" wprost referuje do działalności objętej taryfą, definiowaną ustawowo jako zestawienie ogłoszonych publicznie cen i stawek opłat za zbiorowe zaopatrzenie w wodę i zbiorowe odprowadzanie ścieków oraz warunki ich stosowania. W szczególności nie sposób uznać, że wątpliwości takie miał Odwołujący, który w Odwołaniu kwestionuje poszczególne składniki przychodów pochodzących z podstawowej działalności objętej taryfą za zbiorowe zaopatrzenie w wodę i zbiorowe odprowadzanie ścieków (*vide* argumenty podniesione powyżej). Taryfa zatem odnosi się wyłącznie do usług świadczonych przez przedsiębiorstwo wodociągowo-kanalizacyjne w ramach realizacji zadania własnego gminy, o którym mowa w art. 3 ust. 1 u.o.z.z.w.z.o.ś i nie obejmuje innych usług świadczonych przez to przedsiębiorstwo. Zasadne jest również podniesienie, że taryfa podlega zatwierdzeniu przez organ regulacyjny - dyrektora regionalnego zarządu gospodarki wodnej Państwowego Gospodarstwa Wodnego Wody Polskie (art. 24b ust. 1 u.o.z.z.w.z.o.ś) Organ regulacyjny ma ustawowy obowiązek ocenić przedłożony przez przedsiębiorstwo wodociągowo-kanalizacyjne projekt taryfy wraz z uzasadnienie m.in. pod względem zgodności z przepisami u.o.z.z.w.z.o.ś. Jeżeli wynik powyższej oceny jest pozytywny, organ regulacyjny zatwierdza taryfę w drodze decyzji administracyjnej. Jeżeli wynik ww. oceny jest negatywny, organ regulacyjny odmawia, w drodze decyzji, zatwierdzenia taryfy oraz nakłada obowiązek w tej decyzji, w terminie w niej określonym, na przedsiębiorstwo wodociągowo-kanalizacyjne przedłożenia poprawionego projektu taryfy (art. 24c ust. 1-3 u.o.z.z.w.z.o.ś).

Tym samym zatwierdzonej przez organ regulacyjny taryfie przysługuje domniemanie prawidłowości i legalności. Gdyby w projekcie taryfy zaproponowano określenie cen i stawek opłat nie związanych ze zbiorowym zaopatrzeniem w wodę i zbiorowym odprowadzaniem ścieków – a więc wykraczających poza ramy zadania własnego gminy – organ regulacyjny odmówiłby jej zatwierdzenia. Ze względu na powyższe nie może budzić wątpliwości, że ujęte w informacji kwoty dot. przychodów z działalności taryfowej, stanowią przychody osiągnięte z działalności z zakresu realizacji zadań powierzonych PWiK przez Miasto Kalisz.

W latach 2017 – 2019 PWiK osiągnęło następujące przychody z działalności objętej taryfą (w tys. złotych):

		rok	lata	

Lp.	Sprzedaż z działalności objętej taryfą za zbiorowe zaopatrzenie w wodę i zbiorowe odprowadzanie ścieków	2017	2018	2019	2017-2019	średnia
1.	Sprzedaż wody dla miasta Kalisza	13 392,10	15 175,00	15 949,40	44 516,50	14 838,83
2.	Sprzedaż usług kanalizacyjnych dla miasta Kalisza	28 516,00	30 032,50	30 210,40	88 758,90	29 586,30
3.	Opłaty za przekroczenie warunków wprowadzania ścieków do kanalizacji	1 055,80	1 336,70	888,00	3 280,50	1 093,50
Sprzedaż razem		**42 963,90**	**46 544,20**	**47 047,80**	**136 555,90**	**45 518,63**

W latach 2017 – 2019 r. PWiK osiągnęło następujące przychody z wszelkiej pozostałej działalności (tzw. działalności komercyjnej) :

Lp.	Sprzedaż na rzecz innych osób, jednostek, podmiotów nie objęta taryfą za zbiorowe zaopatrzenie w wodę i zbiorowe odprowadzanie ścieków	rok			lata	
		2017	2018	2019	2017-2019	średnia
1.	Sprzedaż wody dla gmin ościennych	674,80	969,90	1 056,70	2 701,40	900,47
2.	Sprzedaż usług kanalizacyjnych dla gmin ościennych	236,70	331,50	468,60	1 036,80	345,60
3.	Sprzedaż usług kanalizacji deszczowej	569,10	609,80	670,70	1 849,60	616,53
4.	Sprzedaż materiałów	102,40	43,40	126,40	272,20	90,73
5.	Sprzedaż usług komercyjnych	752,60	776,90	748,10	2 277,60	759,20
	w tym:					
	a) opłaty za przyłącza wodociągowe	10,40	4,10	0,00	14,50	4,83
	b) opłaty za przyłącza kanalizacyjne	19,20	4,20	0,00	23,40	7,80
	c) opłaty za eksploatację kolektora Spółki „ Prosna"	97,50	97,50	63,90	258,90	86,30
	d) usługi laboratoryjne	251,10	229,90	282,70	763,70	254,57
	e) usługi komercyjne (projektowe, czyszczenie kanalizacji itp.)	374,40	441,20	398,80	1 214,40	404,80
	f) opłaty za utrzymanie fontanny Skwer Sybiraków	0,00	0,00	2,70	2,70	0,90
Sprzedaż razem		**2 335,60**	**2 731,50**	**3 070,50**	**8 137,60**	**2 712,53**

Mając powyższe na względzie, łączne zestawienie uzyskanych przez PWiK przychodów oraz średni przychód osiągnięty w odniesieniu do usług, dostaw i robót budowlanych (w tys. złotych) obrazuje następujące zestawienie tabelaryczne:

Lp.	Sprzedaż PWiK	rok			lata	średnia	% udziału
		2017	2018	2019	2017-2019		
1.	Sprzedaż objęta taryfą za zbiorowe zaopatrzenie w wodę i zbiorowe odprowadzanie ścieków	42 963,90	46 544,20	47 047,80	136 555,90	45 518,63	94,4%
2.	Sprzedaż na rzecz innych osób, jednostek, podmiotów nie objęta taryfą za zbiorowe zaopatrzenie w wodę i zbiorowe odprowadzanie ścieków	2 335,60	2 731,50	3 070,50	8 137,60	2 712,53	5,6%
Sprzedaż razem		**45 299,50**	**49 275,70**	**50 118,30**	**144 693,50**	**48 231,17**	**100,0%**

Wszystkie dane liczbowe umieszczone w powyższych tabelach pochodząc bezpośrednio ze sprawozdań finansowych PWiK, które są złożone w KRS i publicznie dostępne. Nie znajduje zatem potwierdzenia zarzut Odwołującego, że Zamawiający nie wykazał przesłanki wyrażonej w art. 67 ust. 1 pkt 12 lit b) P.z.p. poprzez powołanie się na dane finansowe dotyczące „działalności objętej taryfą za zbiorowe zaopatrzenie w wodę i zbiorowe odprowadzanie ścieków" albowiem Zamawiający „*nie podał jednak przy tym* (…) *w oparciu o jakie konkretne dane został ustalony ten udział*". Już samo powoływanie się przez Odwołującego na dane sprawozdawcze ujawniane w KRS świadczy o tym, że osoby zapoznające się z zamieszczoną przez Zamawiającego na stronie podmiotowej BIP informacją, miały wiedzę o pochodzeniu danych. Stan ten jest w pełni uzasadniony w związku z okolicznością, iż obowiązek zamieszczania sprawozdań wynika *expressis verbis* z powszechnie obowiązujących przepisów prawa, których nieznajomość szkodzi (*ignorantia iuris nocet)*.

W zakresie w jakim zarzut Odwołującego odnosi się do niewykazania przesłanki wyrażonej w art. 67 ust. 1 pkt 12 lit b) w sposób spełniający wymogi art. 67 ust. 11 pkt 5 P.z.p., Zamawiający podnosi, że w zamieszczonej na podmiotowej stronie BIP zamieścił informację w której wskazał, m.in.:

1)średni przychód PWiK w okresie 2017 – 2019 r.

2)średni przychód PWiK w okresie 2017 – 2019 r. z tzw. „podstawowej działalności objętej taryfą za zbiorowe zaopatrzenie w wodę i zbiorowe odprowadzanie ścieków", a więc działalność z zakresu realizacji zadań powierzonych przez Miasto Kalisz,

3)roczny przychód PWIK w poszczególnych latach 2017, 2018 i 2019 r.,

4)przychód PWiK w okresie 2017 – 2019 r. z tzw. „podstawowej działalności objętej taryfą za zbiorowe zaopatrzenie w wodę i zbiorowe odprowadzanie ścieków", a więc działalność z zakresu realizacji zadań powierzonych przez Miasto Kalisz,

Mając na względzie, że wszystkie ww. dane mogą zostać potwierdzone powszechnie dostępnymi sprawozdaniami, jak również, że na ich podstawie istnieje możliwość nie tylko przystępnego ale również i dającego pewność co do poprawności ustalenia, że ponad 90% PWiK dotyczy wykonywania zadań powierzonych przez Miasto Kalisz, tj. zweryfikowania czy zaktualizowała się wyrażona w art. 67 ust. 1 pkt 12 lit b) przesłanka zastosowania zamówienia in-

house. Przyjmując, że *ratio legis* art. 67 ust. 11 P.z.p. jest umożliwienie osiągnięcia ww. celu, należy uznać że sporządzone przez Zamawiającego uzasadnienie jest poprawne w ujęciu prawnym. Jedynie uzupełniająco Zamawiający w kontekście ww. zarzutu podnosi na nietrafność przywoływania w odwołaniu, orzeczenia KIO z 03.03.2017 r., KIO 328/17, w kontekście sposobu wykazania przesłanki z art. 67 ust. 1 pkt 12 lit b) P.z.p., albowiem stanowisko to zostało wyrażone w odmiennym stanie faktycznym, w którym zależność ekonomiczna wykazywana była na podstawie prognozy handlowej, w związku z dyspozycją art. 67 ust. 9 P.z.p.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej po zapoznaniu się z przedstawionymi poniżej dowodami, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron oraz Przystępujących złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 Pzp, zaś Odwołujący (Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o. w Kaliszu), jako ma interes w uzyskaniu zamówieniu. Sąd Okręgowy w Gdańsku, który w orzeczeniu z 25 maja 2012 r. sygn. akt XII Ga 92/12 następująco odniósł się do istnienia interesu we wniesieniu odwołania przez wykonawcę kwestionującego wybór trybu: W rozumieniu tego przepisu „innymi osobami" będą potencjalni wykonawcy, którzy kwestionują prawidłowość zastosowania trybów niekonkurencyjnych przez zamawiającego (zamówienie z wolnej ręki, negocjacje bez ogłoszenia czy też zapytania o cenę). Podmioty te zostają, bowiem pozbawione szansy wzięcia udziału w postępowaniu, którą miałyby, gdyby zamawiający prowadził postępowanie w trybie rozpoczynającym się publicznym ogłoszeniem. Podmiot przynależny do tej kategorii legitymowanych do wnoszenia środków ochrony prawnej, analogicznie do innych uprawnionych musi wykazać, że ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy. W związku z powyższym pozostałe przesłanki materialnoprawne odwołania powodują, iż podmioty zaliczane do omawianej kategorii legitymowanych muszą wykazać swój bezpośredni związek z prowadzonym postępowaniem, w którym składają odwołanie względnie muszą wykazać, że działania lub zaniechania zamawiającego pozbawiają ich możliwości wzięcia udziału w danym postępowaniu. W niniejszym postępowaniu w zakresie zaskarżania wyboru trybu przez podmiot nieuczestniczący w postępowaniu, interes w uzyskaniu danego zamówienia powinien być rozumiany w sposób abstrakcyjny, jako potencjalna możliwość uzyskania zamówienia, którego przedmiot jest objęty postępowaniem udzielanym w zaskarżanym trybie.

Skład orzekający Izby dopuścił w niniejszej sprawie dowody z: dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, w tym w szczególności treści ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy zamówieniu oraz pismo Wykonawcy /PWiK/ 19.11.2020 r. stanowiące załącznik do protokołu postepowania, jak i samego ogłoszenia.

Dodatkowo, Izba dopuściła generalnie jako dowód w sprawie cennik usług komercyjnych świadczonych przez PWiK. Jednakże, nie na potwierdzenie faktu, iż PWiK prowadzi działalność komercyjną w znacznie szerszym zakresie niż przedstawia to Zamawiający, przez co dane przedstawiane w ogłoszeniu, nie są wiarygodne.

Izba oddaliła opozycje Odwołującego wobec przystąpienia wykonawcy PWiK po stronie Zamawiającego na okoliczność nie otrzymania kopii przystąpienia, tj. nie skierowania na adres pełnomocnika Odwołującego. W ocenie Izby, kopia przystąpienia została skutecznie przekazana na adres e-mailowy Wykonawcy, tj. Odwołującego (adres e-mailowy przedsiębiorstwa jest prawidłowy), co potwierdza dowód przekazania załączony do zgłoszonego przystąpienia. Błąd był jedynie w adresie e-mailowym pełnomocnika Odwołującego. Zgłaszający przystąpienie po stronie Zamawiającego uczynił zadość wymogowi wynikającemu z przepisu (art. 185 ust. 2 Pzp), brak jest tam zastrzeżenia, iż taka informacja winna być przekazywana pełnomocnikowi. Jednoznacznie mówi się tam jedynie o przekazaniu kopii Zamawiającemu oraz Wykonawcy.

Izba oddalił wniosek o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego z zakresu rachunkowości lub ekonomiki przedsiębiorstw na potwierdzenie faktu, jaki jest rzeczywisty przychód PWiK w latach 2017, 2018 i 2019, a także za rok 2020 w zakresie stricte wykonywanej usługi dostaw wody i odbierania ścieków do/z nieruchomości zlokalizowanych na terenie Miasta Kalisza sieciami wodociągowymi/kanalizacyjnymi (to jest z wyłączeniem dostaw i odbioru wozami asenizacyjnymi/beczkowozami), z wyszczególnieniem przychodów z tytułu usług świadczonych stricte na rzecz Miasta Kalisz (to jest na rzecz Urzędu Miasta oraz jednostek budżetowych Miasta Kalisza) w relacji do przychodów osiąganych przez PWiK w ogóle, na potwierdzenie, że PWiK wykonuje usługi powierzone przez Miasto Kalisz w stopniu mniejszym niż 90% ogólnej wartości usług świadczonych przez PWiK. W ocenie Izby, żaden audyt nie jest konieczny. Odwołujący nie wskazał także wg. jakiej metodologii miałby taki audyt zostać przeprowadzony. Podkreślenia wymaga również, iż to ustawy szeregują określone przychody do danych pozycji. Jedynie interpretacje przepisów prawnych mogą ewentualnie stanowić o takiej, czy innej wykładni.

Izba oddalił wniosek o zobowiązanie Zamawiającego do przedłożenia umowy zawartej pomiędzy Zamawiającym a PWiK obejmujące odbiór odpadów komunalnychz terenu Cmentarza Komunalnego przy ul. Poznańskiej 183-185 i Cmentarza Wojskowego przy ul. Żołnierskiej 24 w Kaliszu wraz z zagospodarowaniem odebranych odpadów, albowiem według wiedzy Odwołującego, PWiK przystąpiło do realizacji tego zadania pomimo, iż postępowanie przed Krajową Izbą Odwoławczą jest nadal w toku. W ocenie Izby, udzielone w tym zakresie wyjaśnienia Zamawiającego na rozprawie są wiarygodne i nie wymagają dalszego uwierzytelnienia. Zgodnie z wyjaśnieniami nie jest to umowa zawarta w trybie będącym przedmiotem odwołania, ale poniżej progu stosowania ustawy.

Izba dopuściła jako dowód dołączony do odwołania przez Odwołującego załącznik:
1) wydruk rejestru działalności regulowanej z BIP Miasta Kalisza;
2) ogłoszenia o zamówieniach z lat 2013, 2014, 2016 i 2018 wraz z informacjami o wyborze najkorzystniejszej oferty lub informacjami z otwarcia ofert na potwierdzenie faktów związanych z wymogami stawianymi wykonawcom analogicznej usługi w latach ubiegłych;
3) SIWZ i informacja z otwarcia ofert w postępowaniu PWiK - dostawa fabrycznie nowego samochodu ciężarowego do odbioru i transportu odpadów wraz z systemem hakowym;
4) wydruk ze strony www.wodociagi-kalisz.pl;
5) informacja odpowiadająca odpisowi aktualnemu z KRS dla PWiK;
6) Sprawozdania finansowe PWiK za lata 2017-2019;
7) Sprawozdania Zarządu PWiK z działalności spółki za lata 2018 i 2019;
8) Sprawozdanie Zarządu PWiK z działalności spółki za 2017 rok;
9) informacja o zamiarze zawarcia umowy, znak BCK.271.06.1.2020.

Izba dopuściła także jako dowody dołączone do przystąpienia Przystępującego po stronie Odwołującego załączniki:
1.Uchwała nr V/43/2011 Rady Miejskiej Kalisza z dnia 27 stycznia 2011 r. wraz z uzasadnieniem,
3.Ogłoszenie ze strony PWiK,
4.Cennik usług komercyjnych PWiK (taryfa).

Izba dopuściła także jako dowody dołączone do pismo procesowe Przystępującego po stronie Zamawiającego załączniki:
1.Decyzja WIMK 7033/17/02 z dnia 27 sierpnia 2002 r.;
2.Uchwała Nr LVIII/765/2018 Rady Miasta Kalisza z dnia 27 września 2018 r.;
3.Uchwała Nr XX/138/91 Rady Miejskiej Kalisza z dnia 03 grudnia 1991 r.;
4.Umowa spółki – tekst ujednolicony
5.Sprawozdanie finansowe PWiK Sp. z o.o. z siedzibą w Kaliszu za 2017 r. (str. 4);
6.Sprawozdania finansowego PWiK Sp. z o.o. z siedzibą w Kaliszu za 2018 r. (str. 5-6);
7.Sprawozdanie finansowe PWiK Sp. z o.o. z siedzibą w Kaliszu za 2019 r.

Izba dopuściła także jako dowód dołączony przez Odwołującego załącznik do pisma procesowego Odwołującego złożonego na posiedzeniu:
- cennik usług komercyjnych PWiK (taryfa) /formalnie gdyż został już złożony wrazz pismem procesowym Przystępującego po stronie Odwołującego/.

Dowodami w sprawie są również złożone przez Zamawiającego na rozprawie:
1) kopia zaświadczenia o wpisie do rejestru działalności regulowanej (RDR) z 30.12.2020 r.;
2) kopia zawiadomienia o wpisie do Bazy danych o produktach i opakowania oraz gospodarce odpadami (BDO) z 22.05.2018 r.;
3) kopia zaświadczenia nr 0387935 na przewozy drogowe na potrzeby własne z 31.12. 2020 r.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę także złożone na posiedzeniu pisma procesowe w sprawie, tj. odpowiedź na odwołanie, pismo procesowe Przystępującego po stronie Zamawiającego, przystąpienia, w szczególności po stronie Odwołującego oraz pismo procesowe Odwołującego /te ostatnie złożone na posiedzeniu/, stanowiska i oświadczenia stron oraz Przystępujących złożone ustnie do protokołu.

Odnosząc się generalnie do podniesionych w treści odwołania zarzutów, stwierdzić należy, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący sformułował w odwołaniu następujące zarzuty naruszenia:
1. art. 67 ust 1 pkt 12 Pzp w zw. z art. 67 ust. 8 Pzp poprzez bezpodstawne uznanie, że zachodzą przesłanki do udzielenia PWiK zamówienia w trybie zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 12 Pzp, w sytuacji gdy:
a) Zamawiający nie wykazał zaistnienia jednej z trzech przesłanek udzielenia zamówienia w tym trybie, tj. przesłanki określonej w lit. b) zgodnie z którą ponad 90% działalności kontrolowanej osoby prawnej dotyczy wykonywania zadań powierzonych jej przez zamawiającego sprawującego kontrolę lub przez inną osobę prawną, nad którą zamawiający sprawuje kontrolę, o której mowa w lit. a), gdyż w uzasadnieniu nieprawdziwe dane odnoszące się do procentowego udziału tej działalności w działalności spółki,
b) a ponadto z informacji posiadanych przez Odwołującego wynika, że procent przychodu z zadań powierzonych PWiK przez Zamawiającego nie osiąga wymaganych 90%;
2. art. 67 ust 1 pkt 12 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 18 ust. 1 Dyrektywy w zw. z art. 9 ust 1 w zw. z art. 9 ust 2 pkt 5 UOKiK wszczęcie postępowania w trybie niekonkurencyjnym w celu wyłączenia zamówienia z zakresu stosowania Dyrektywy oraz w celu sztucznego zawężenia konkurencji z zamiarem działania na korzyść wykonawcy PWiK, co stanowi nadużycie pozycji dominującej na rynku właściwym polegające na przeciwdziałaniu ukształtowania się warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji; z ostrożności, w przypadku uznania, że zachodziły przesłanki do udzielenia zamówienia na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 12 PZP
3. art. 7 ust 1 PZP w zw. z art. 49, art. 56, art. 102 TFUE w zw. z art. 9 ust 1 w zw. z art. 9 ust 2 pkt 5 UOKIK poprzez wszczęcie postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki z naruszeniem podstawowych zasad TFUE, w szczególności zasady swobodnego przepływu towarów, swobody przedsiębiorczości oraz swobody świadczenia usług, a także zasad które się z nich wywodzą, takich jak zasady równego traktowania, niedyskryminacji, wzajemnego uznawania i przejrzystości, a także równej konkurencji. Odwołujący wnosił o uwzględnienie

Izba dokonała następujących ustaleń odnośnie do przedmiotowego odwołania:

W pierwszej kolejności Izba przywołuje stan faktyczny wynikający z treści odwołania, odpowiedzi na odwołanie oraz pisma procesowego Przystępującego po stronie Zamawiającego, jak i przystąpienia Przystępującego po stronie Odwołującego. Skład orzekający Izby stwierdził, żenie było sporu co do zaistniałego stanu faktycznego, ale dopuszczalności określonych działań ze strony Zamawiającego. Dodatkowo Izba przytacza stanowisko wynikające z pisma procesowego Odwołującego złożonego na posiedzeniu 25.01.2021 r. Zgodnie z nim: *„Niezależnie od dotychczas podniesionych aspektów w niniejszej sprawie i wniosków dowodowych, Odwołujący niniejszym wnosi dodatkowo o:*
- przeprowadzenie dowodu z cennika usług komercyjnych świadczonych przez Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji sp. z o.o. z siedzibą w Kaliszu (dalej: „P WiK") na potwierdzenie faktu, iż PWiK prowadzi działalność komercyjną w znacznie szerszym zakresie niż przedstawia to Zamawiający, przez co dane przedstawiane w Ogłoszeniu (mające być podstawą do stwierdzenia, iż spełnione zostały wszystkie przesłanki z art. 67 ust. 1 pkt 12 PZP w celu udzielenia zamówienia z wolnej ręki), nie są wiarygodne,
- przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego z zakresu rachunkowości lub ekonomiki przedsiębiorstw na potwierdzenie faktu, jaki jest rzeczywisty przychód PWiK w latach 2017, 2018 i 2019, a także za rok 2020 w zakresie stricte wykonywanej usługi dostaw wody i odbierania ścieków do/z nieruchomości zlokalizowanych na terenie Miasta Kalisza sieciami wodociągowymi/kanalizacyjnymi (to jest z wyłączeniem dostaw i odbioru wozami asenizacyjnymi/beczkowozami), z wyszczególnieniem przychodów z tytułu usług świadczonych stricte na rzecz Miasta Kalisz (to jest na rzecz Urzędu Miasta oraz jednostek budżetowych Miasta Kalisza) w relacji do przychodów osiąganych przez PWiK w ogóle, na potwierdzenie, że PWiK wykonuje usługi powierzone przez Miasto Kalisz w stopniu mniejszym niż 90% ogólnej wartości usług świadczonych przez PWiK,
- zobowiązanie Zamawiającego do przedłożenia umowy zawartej pomiędzy Zamawiającym a PWiK obejmujące odbiór odpadów komunalnych z terenu Cmentarza Komunalnego przy ul. Poznańskiej 183-185 i Cmentarza Wojskowego przy ul. Żołnierskiej 24 w Kaliszu wraz z zagospodarowaniem odebranych odpadów, albowiem według wiedzy Odwołującego, PWiK przystąpiło do realizacji tego zadania pomimo, iż postępowanie przed Krajową Izbą Odwoławczą jest nadal w toku.
Podtrzymując zarzuty odwołania, Odwołujący podnosi, iż usługi zbiorowego doprowadzania wody i odbierania ścieków, jako takie, nie mogą zostać przyjęte za powierzone PWiK przez Miasto Kalisz, a to z uwagi na wcześniejsze już

podkreślenie, że w istocie są to usługi o charakterze komercyjnym, bowiem to poszczególni odbiorcy zawierają z PWiK odpowiednie umowy i to ci właśnie odbiorcy realizują świadczenia pieniężne na rzecz Miasta Kalisz.

Nie sposób także uznać, aby kiedykolwiek doszło do powierzenia PWiK usługz zakresu zbiorowego dostarczania wody i odprowadzania ścieków przez Miasto Kalisz, albowiem nie została podjęta nigdy odpowiednia uchwała przez Radę Miasta Kalisza (choć zdaniem Odwołującego - nawet gdyby taka istniała - nie miałaby znaczenia z uwagi na wyżej już wskazaną kwestię, iż obecnie usługi dostaw wody i odbierania ścieków mają w istocie charakter usług komercyjnych).

Odnośnie formy wykonywania zadań z zakresu gospodarki komunalnej jednostek samorządu terytorialnego określonej w art. 3 ust. 1 ustawy o gospodarce komunalnej należy wskazać, iż dotyczy ona powierzenia zadań na podstawie umowy, tj. na zasadach ogólnych. Ustawa o gospodarce komunalnej w przepisie art. 3 ust. I wprost wskazuje, iż powierzenie zadań na tej podstawie następuje z uwzględnieniem przepisów o finansach publicznych lub, odpowiednio, przepisów o zamówieniach publicznych i przepisów o działalności pożytku publicznego i o wolontariacie. Jeżeli zatem powierzenie zadań jednostki samorządu terytorialnego nie następuje w trybie określonym w ustawie z dnia 24 kwietnia 2003 r. o działalności pożytku publicznego i o wolontariacie (Dz. U. Nr 96, poz. 873, z późn. zm.) do takiego powierzenia stosuje się ustawę PZP.

Istotne zatem dla uznania, iż powierzenie przez gminę zadań własnej spółce prawa handlowego nie wymaga zastosowania procedur udzielania zamówień publicznych jest stwierdzenie, iż spółka ta posiada status komunalnej osoby prawnej, w której gmina posiada cały kapitał zakładowy. Bowiem tylko w takim przypadku gmina zachowuje wyłączną możliwość decydowania o sprawach spółki (pełną kontrolę nad spółką). Ponadto spółka musi być utworzona w celu wykonywania określonych zadań komunalnych gminy. co winno znaleźć swoje odzwierciedlenie w stosownej uchwale gminy (art. 4 ust. 1 pkt 1 ustawy o gospodarce komunalnej) oraz w akcie o jej utworzeniu. Konieczne są zatem dwa, odrębne akty Rady Gminy, aby można było mówić o tym, że dany zakres zadań własnych rady gminy został powierzony danej spółce należącej do gminy.

Realizowanie zadań z zakresu gospodarki komunalnej, jako ustalonych uchwałą jednostki samorządu terytorialnego zadań statutowych spółki, należy odróżnić od wykonywania takich zadań na podstawie umowy. W pierwszym wypadku mamy bowiem do czynienia z realizowaniem przez spółkę zadań z zakresu gospodarki komunalnej w imieniu własnym i na własny rachunek przy pomocy wniesionego lub powierzonego jej majątku.

Podkreślenia jednocześnie wymaga, iż zawarcie pomiędzy gminą a spółką umowy określającej warunki finansowania zadań powierzonych jej w drodze stosownej uchwały organu jednostki samorządu terytorialnego (art. 4 ust. 1 ustawy o gospodarce komunalnej) i aktu tworzącego tę spółkę, nie stanowi zamówienia publicznego, o którym mowa w art. 2 pkt 13 ustawy PZP. W takim bowiem przypadku brak jest warunku dwustronnego przysporzenia, jako kryterium kwalifikacji danej umowy do kategorii prawnej zamówienia publicznego.

Jak się wskazuje, Sama zmiana umowy spółki byłaby dla osiągniecia ww. celów niewystarczającą gdyż to nie umowa spółki komunalnej. a wola rady gminy o powierzeniu jej zadań komunalnych przesądza o możliwości wykonania przez spółkę tych zadań i braku zastosowania w tym zakresie ustawy zamówieniach publicznych (M. Szydło, Ustawao gospodarce komunalnej. Komentarz, Wolters Kluwer, 2008).

Powyższy łączny warunek sine qua non potwierdza też powszechna praktyka, gdzie dla przykładu należy wyróżnić uchwałę nr XIV/ 143/16 Rady Gminy w Warcie Bolesławieskiej z dnia 21 czerwca 2016 r. w sprawie powierzenia wykonywania zadań własnych Gminy Warta Bolesławiecka Zakładowi Gospodarki Komunalnej w Lubkowie Sp. z o.o.

W/w uchwałą powierzono spółce m.in. wykonywanie zadań własnych gminy z zakresu:

• zbiorowego zaopatrzenia w wodę i zbiorowe odprowadzanie ścieków,

• zimowego utrzymania dróg, placów, parkingów, letniego utrzymania poboczy dróg (koszenie), utrzymania terenów zielonych (koszenie),

• zagospodarowania odpadów komunalnych pochodzących z terenu Gminy Warta Bolesławiecka, prowadzenia Punktu Selektywnej Zbiórki Odpadów Komunalnych (PSZOK).

Analogiczny wymóg podjęcia uchwały powierzającej potwierdza przykładowo

• uchwała nr LII/697/12 Rady Miasta Krakowa z dnia 11 lipca 2012 r. w sprawie powierzenia Miejskiemu Przedsiębiorstwu Oczyszczania Sp. z o. o. w Krakowie obowiązkowego zadania własnego gminy utrzymania czystości i porządku na terytorium Gminy Miejskiej Kraków.

• Uchwała nr XXII/235/2012 Rady Gminy Słupsk z dnia I I grudnia 2012 r. w sprawie powierzenia spółce Gminnemu Towarzystwu Budownictwa Społecznego sp. z o.o. w Jezierzycach wykonywania zadań własnych gminy oraz upoważnienia w tym zakresie Prezesa Zarządu Spółki do załatwiania indywidualnych spraw z zakresu administracji publicznej.

• Uchwała nr XIV/518/14 Rady Miasta Zgierza z dnia 16 stycznia 2014 r. w sprawie powierzenia zadań Miejskiemu Przedsiębiorstwu Gospodarki Komunalnej Spółka z o.o. w Zgierzu

Z kolei w kontekście wymogu wskazania w treści umowy spółki PWiK zakresu realizacji określonych powierzonych zadań przez Zamawiającego, to bez wątpienia z treści umowy spółki nie wynika, aby PWiK w wyniku uchwały powierzeniowej była zobowiązana do realizacji zadań gminy w zakresie zapewnienia ciągłości powszechnej dostępności dostaw wody i odbioru ścieków na terenie Miasta Kalisza.

Ponownie należy wskazać, że sama treść umowy spółki dla osiągnięcia ww. celów jest niewystarczająca gdyż to nie umowa spółki komunalnej, a wola rady gminy o powierzeniu jej zadań komunalnych przesądza o możliwości wykonania przez spółkę tych zadań i braku zastosowania w tym zakresie ustawy o zamówieniach publicznych.

Co więcej, treść umowy spółki PWiK nie tylko nie określa w sposób prawidłowy(w powiązaniu z aktem wykonawczym Rady Miasta Zamawiającego) delegacji/powierzenia zadań własnych w zakresie zapewnienia ciągłości powszechnej dostępności dostaw wody i odbioru ścieków na terenie Miasta Kalisza, ale co istotne przedmiot działalności PWiK nie określa zbierania odpadów innych niż niebezpieczne (PKID 38.11.7-).

Faktem również jest to, że Odwołujący uzyskał tekst jednolity umowy spółki PWiK,w ramach którego w Š8 lit k) wskazuje, że przedmiotem działalności Spółki jest zbieranie odpadów innych niż niebezpieczne (PKD 38.11 Z). Niemniej, na uwagę zasługuje to, że tekst jednolity spółki podpisany jest przez Prezesa Zarządu PWiK Jacka Konopkę, który został powołany na piastowanie stanowiska prezesa zarządu z dniem 3 sierpnia 2020 r., a sama zmiana nie została zarejestrowana w KRS PWiK.

Powyższe prowadzi więc do wniosku, że istnieją uzasadnione obawy, że w rzeczywistości PWiK aktualnie dopiero co zmierza do określenia w przedmiocie działalności PWiK zbierania odpadów innych niż niebezpieczne (PKD 38.11 L), co uzasadnia posługiwanie się przez PWiK papierową wersją umowy spółki, która jest podpisana przez obecnego prezesa zarządu PWiK.

Co jednak ważne, zmiana przedmiotu działalności gospodarczej (PKD) jest zmianą umowy spółki i jako taka staje się skuteczna z momentem wpisu zmiany umowy spółki do KRS. Z tych właśnie przyczyn, powoływanie się przez PWiK na treść tekstu jednolitego jest nieuzasadnione, z uwagi na brak rejestracji przedmiotowych zmian w Krajowym Rejestrze Sądowym.

Z powyższych względów wskazać należy, że PWiK nie posiada podstawowych uprawnień do realizacji zamówienia publicznego, o których mowa w niniejszym postępowaniu odwoławczym prowadzonym przed tut. Izbą.

Tym samym należy wskazać, że w myśl art. 4 ust. 1 pkt 1 ustawy o gospodarce komunalnej oraz zasad dotyczących wymaganej treści aktów erekcyjnych spółki tj. PWiK, z uwagi na fakt że zarówno uchwałą rady gminy, ani też w treści umowy PWiK nie dokonano materializacji powierzenia PWiK wykonywania zadań własnych Zamawiającego w celu zaspokojenia zbiorowych potrzeb wspólnoty samorządowej, a to w postaci zapewnienia ciągłości powszechnej dostępności wody i odbioru ścieków na terenie miasta Kalisza, a w dalszej kolejności także odbierania odpadów komunalnych, a co za tym idzie: PWiK nie jest uprawniona do wykonywania przywołanego zadania własnego gminy Zamawiającego.

Co więcej nieuprawnionym jest bazowanie przez PWiK na pełnych przychodach działalności rzekomo powierzonej przez Zamawiającego, z uwagi na to, że brak jest jakichkolwiek podstaw ażeby twierdzić, iż przychody przekraczające 90% z tejże działalności są generowane przez PWiK z uwagi na to „powierzenie", tym bardziej że jak wynika z danych, PWiK nie osiąga w tej działalności przychodów 100%, a co za tym idzie istnieją realne wątpliwości, że PWiK nie spełniła kryterium 90% uprawniającego do udzielenia przedmiotowego zamówienia w trybie in-house (w szczególności z uwagi na już na wstępie wskazany cennik usług komercyjnych).

W tym stanie rzeczy, Wykonawca podnosi, że Zamawiający naruszył art. 67 ust. 1 pkt 14 w zw. z art. 67 ust. 8 i ust. 9 w zw. z art. 7 ust. 1, 2 i 3 i art. 10 ust. 1 i 2 ustawy PZP albowiem Zamawiający nie wykazał zaistnienia przesłanek uprawniających do zastosowania trybu z wolnej ręki dotyczących procentu działalności wykonywanej przez podmiot, na rzecz zamawiających sprawujących nad nim kontrolę.

Podnieść należy, że Zamawiający nie wykazał podstawy do uznania, że PWiK spełnia warunek udzielenie zamówienia w trybie z wolnej ręki, znów bazowanie na niczym niepopartych twierdzeniach (w tym PWiK), w tym bez uwiarygodnienia tego, że PWiK w pełni wykonuje zadanie własne gminy Zamawiającego w postaci zapewnienia ciągłości powszechnej dostępności wody i odbioru ścieków na terenie miasta Kalisza, należy uznać za niewystarczające. Takowe opracowanie stanowi wynik własnej analizy autorów, dokonanej w oparciu o dostępne źródła, a które w żadnym stopniu nie zostały udostępnione.

Podkreślić należy, że możliwość zastosowania zamówienia z wolnej ręki jest wyjątkiem od zasady udzielania zamówień w trybach konkurencyjnych. Stanowi o tym art. 10 ustawy PZP. W myśl 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.

Tym samym, stwierdzić należy, 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. Ustalenie to winno opierać się na wiarygodnych i zbadanych danych, nie zaś na informacjach prywatnych Zamawiającego lub PWiK.

Podkreślenia wymaga, że przepisy ustawy PZP statuują określone konsekwencje i skutki udzielenia zamówienia z wolnej ręki z naruszeniem przepisów. I tak - w myśl art. 146 ust. 1 pkt 1 ustawy PZP - umowa o udzielenie zamówienia z wolnej ręki podlega unieważnieniu, jeżeli zamawiający z naruszeniem przepisów ustawy zastosował tryb negocjacji bez ogłoszenia lub zamówienia z wolnej ręki. Z kolei - zgodnie z art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy PZP - zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Określone kompetencje przysługują również w tym zakresie Krajowej Izbie Odwoławczej, która -w sytuacji, gdy stwierdzi, że umowa została zawarta z naruszeniem przepisów ustawy - może orzec o unieważnieniu tej umowy.

Powyższe świadczy o tym, iż zamawiający przy badaniu, czy zachodzą przesłanki do udzielenia zamówienia z wolnej ręki, winien wykazać się należytą starannością. Nie spełnia tego warunku prognozowanie na podstawie danych, co do których nie ma pewności, że są prawdziwe.

Ponadto podkreślić należy, że z analizy, na której oparł się Zamawiający i PWiK wynika, że w sytuacji, gdy spełnią się wszystkie założenia autorów analizy, próg 90% zostanie nieznacznie przekroczony. Oznacza to, że spadek o nawet nieznaczoną kwotę spowoduje, że ustawowy próg nie zostanie osiągnięty. Co jednak istotne, w analizie autorzy uwzględnili cały przychód z zapewnienia ciągłości powszechnej dostępności wody i odbioru ścieków na terenie miasta Kalisza, niemniej pomimo powyższego, że PWiK nie jest uprawniona do wykonywania przywołanego zadania własnego gminy Zamawiającego, to nieuprawnionym jest bazowanie przez PWiK na pełnych przychodach działalności powierzonej przez Zamawiającego.

Podsumowując, udzielenie zamówienia w trybie niekonkurencyjnym niewątpliwie wpłynie zatem negatywnie nie tylko na konkurencję na rynku krajowym, ale również doprowadzi do zakazanego w świetle przepisu art. 49 TFUE ograniczenia swobody przedsiębiorczości, a także ograniczenia w swobodnym świadczeniu usług (art. 56 TFUE) na rynku europejskim.

W konsekwencji, argumentacja wyżej przedstawiona, w tym powołana w treści odwołania potwierdza zasadność i konieczność unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia z wolnej ręki.(…)". W pozostałym zakresie Izba odniesie się przy rozpoznawaniu poszczególnych zarzutów.

Biorąc pod uwagę ustalenia i stan rzeczy ustalony w toku postępowania (art. 191 ust.1 Pzp), Izba stwierdziła co następuje

Odnośnie do zarzutu pierwszego, Izba uznała w/w zarzut za niezasadny, oddając niniejszy.

Po pierwsze, ustawa z dnia 20 grudnia 1996 r. o gospodarce komunalnej (Dz. U. z 2016 poz. 573 ze zm.), wskazuje, że 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 zaś, z brzmieniem art. 2 ww. ustawy, gospodarka komunalna może być prowadzona przez jednostki samorządu terytorialnego w szczególności w formach samorządowego zakładu budżetowego lub spółek prawa handlowego. Ponadto jednostki samorządu terytorialnego w drodze umowy mogą powierzać wykonywanie zadań z zakresu gospodarki komunalnej osobom fizycznym, osobom prawnym lub jednostkom organizacyjnym nieposiadającym osobowości prawnej. Jednocześnie, zgodnie z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 7 czerwca 2001 r. o zbiorowym zaopatrzeniu w wodę i zbiorowym odprowadzaniu ścieków (tj. Dz. U z 2020r., poz. 2028 z późn. zm. – dalej: u.o.z.z.w.z.o.ś.) zbiorowe zaopatrzenie w wodę i zbiorowe odprowadzanie ścieków jest zadaniem własnym gminy. Zadanie to ma charakter obligatoryjny, którego nie można się wyzbyć. Uchwałą Nr XX/138/91 Rady Miejskiej Kalisza z dnia 03 grudnia 1991 r. przekształcono Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w jednoosobową spółkę miasta z ograniczoną odpowiedzialnością § 1 Uchwały, a na mocy § 4 Uchwały powierzono tej spółce realizację tego rodzaju zadań /zapewnienie ciągłości i powszechnej dostępności dostaw wody i odbioru ścieków na terenie miasta Kalisza/. Okoliczność użycia innej nomenklatury jest bez znaczenia dla przedmiotu sporu, tym bardziej, że jak podnosił na rozprawie Zamawiający, żadne organy kontroli nie podważały legalności funkcjonowania i realizacji zadań powierzonych na tej podstawie oraz w oparciu o umowę spółki - § 7. Izba podnosi ten watek dla porządku, gdyż nie był on zawarty w odwołaniu i jest okolicznością nową. Niewątpliwie więc realizacja usług z zakresu zbiorowego zaopatrzenia w wodę i zbiorowego odprowadzania ścieków stanowi działalność wykonywania zadań powierzonych.

W dalszej kolejności należy podkreślić, że zawieranie umów o zaopatrzenie w wodę lub odprowadzanie ścieków z os. fizyczną (na mocy art. 6 ust. 2 u.o.z.z.w.z.o.ś.) i na podstawie umów (art. 6 ust. 1 u.o.z.z.w.z.o.ś.) mieści się w zakresie realizacji zadań powierzonych przez gminę. Zgodnie bowiem z definicja odbiorców usług, jest nim każdy kto korzysta z usługi (art. 2 pkt 3 1 u.o.z.z.w.z.o.ś.), czyli jest to konsekwencja jej powierzenia spółce.

Kwestia uiszczania opłaty przez usługobiorców nie podważa tego. W tym zakresie, Izba powołuje się na wyrok TSUE w wyroku z 11.05.2006 r., (Carbotermo SpA, Consorzio Alisei vs. Comune di Busto Arsizio, AGESP SpA, C-340/04) wskazało, że: *„jeśli chodzi o kwestę, czy w tym kontekście należy uwzględnić tylko przychód uzyskany od kontrolującej jednostki samorządu terytorialnego, czy też przychód uzyskany z tytułu działalności wykonywanej na obszarze jej właściwości, to należy uznać, że 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. Również bez znaczenia jest, na jakim obszarze usługi te są świadczone”*. Podobnie w wyroku KIOz 04.10.2019 r., KIO 1842/19, w którym Izba wskazał, że: *„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 należy także odnieść w kontekście definicji przywołanej powyżej (*„każdy”*) nie tylko do os. fizycznych, ale także podmiotów prowadzących działalność gospodarczych, czy spółdzielni mieszkaniowych. Jednocześnie przez zbiorowe zaopatrzenie w wodę i odprowadzanie ścieków rozumie się według art. 3 ust. 1 u.o.z.z.w.z.o.ś. *„działalność polegającą na ujmowaniu, uzdatnianiu i dostarczaniu wody, prowadzoną przez przedsiębiorstwo wodociągowo-kanalizacyjne”, „działalność polegającą na odprowadzaniu i oczyszczaniu ścieków, prowadzoną przez przedsiębiorstwo wodociągowo-kanalizacyjne”*. Nie wynika więc żadne ograniczenie w realizacji powierzonych jej zadań własnych.

Potwierdza to także orzecznictwo Izby wyrok KIO z 24.01.2020 r., sygn. akt: KIO 2642/19: *„Przepisy ustawy o zbiorowym zaopatrzeniu w wodę i zbiorowym odprowadzaniu ścieków nie odróżniają w tym zakresie budynków zamieszkiwanych przez mieszkańców od budynków zbiorowego zamieszkania, budynków urzędowych, budynków użyteczności publicznej, innych budynków dostępnych publicznie itp.”* oraz wyrok KIO z 04.10.2019 r., KIO 1842/19: *„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).” (…) „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”.*

Nadto, podważanie wyliczeń przedstawionych w ogłoszeniu o zamiarze zawarcia umowy zawartego w odwołaniu w kontekście taryfy jest chybione, gdyż odnosi się ona do działalności objętej taryfą, zdefiniowana jak (art. 2 pkt 12 u.o.z.z.w.z.o.ś.): *„zestawienie ogłoszonych publicznie cen i stawek opłat za zbiorowe zaopatrzenie w wodę i zbiorowe odprowadzanie ścieków oraz warunki ich stosowania;”*. Taryfa więc odnosi się do usług realizowalnych w ramach zadania własnego i nie obejmuje innych usług. Jest nadto, zatwierdzona przez organ regulacji (Państwowe Gospodarstwa Wodne Wody Polskie - art. 24b ust. 1 u.o.z.z.w.z.o.ś). Ma wiec przymiot legalności. Podczas rozprawy wyniknął spór w zakresie poz. 3 tabeli 1 /Opłaty za przekroczenie warunków wprowadzania ścieków do kanalizacji/ w ramach działalności objętej taryfą, choć wprost nie był kwestionowany w odwołaniu, to wobec generalnego podważania wartości procentowej Izba odniesie się do niniejszego, stwierdzając, że stanowi ona niewielką wartość procentowa i razem z wartościami za usługi komercyjne nie obniża wartości procentowej poniżej 90.

Średnie wartości przychodu podane w ogłoszeniu pochodzą ze sprawozdań finansowych. Izba rozumie i uznaje, że zarzut faktycznie został postawiony (na str. 6 odwołania), choć formalnie brak podstawy prawnej w petitum odwołania, stwierdzają, że treść uzasadnienia przesłanki z lit. b była wystarczająca. Zgodnie bowiem z art. 192 ust. 7 Pzp. Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Z kolei art. 180 ust. 3 Pzp stanowi, że odwołanie powinno wskazywać czynność lub zaniechanie czynności zamawiającego, której zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy, zawierać zwięzłe przedstawienie zarzutów, określać żądanie oraz wskazywać okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania. Stąd, jak trafnie ujął to Sąd Okręgowyw Gdańsku w uzasadnieniu wyroku z 25.05.2012 r. (sygn. akt: KIO XII Ga 92/12), stawianego przez wykonawcę zarzutu nie należy rozpoznawać wyłącznie pod kątem wskazanego przepisu prawa, ale również jako wskazane okoliczności faktyczne, które podważają prawidłowość czynności zamawiającego i mają wpływ na sytuację wykonawcy. Takie rozumienie tego przepisu jest powszechne zarówno w doktrynie, jak i orzecznictwie. Innymi słowy niezależnie od wskazanego w odwołaniu przepisu, którego naruszenie jest zarzucane Zamawiającemu, Izba jest uprawniona do oceny prawidłowości zachowania zamawiającego (podjętych czynności lub zaniechania czynności), jedynie przez pryzmat sprecyzowanych w odwołaniu okoliczności faktycznych, które mają decydujące znaczenie dla ustalenia granic kognicji Izby przy rozpoznaniu sprawy, gdyż konstytuują zarzut podlegający rozpoznaniu.

Mimo bowiem tego, że literalnie nie było odesłania w ogłoszeniu w ramach uzasadnienia przesłanki z lit. b) do sprawozdań finansowych (choć było odesłanie do pisma z 19.11.2020 r.) Wykonawcy PWIK, to nie było to konieczne, jak pokazało odwołanie i podważania oparte na sprawozdaniach finansowych i ich załącznikach stanowiących załączniki do odwołania. Poza tym, Izba przypomina, że sprawozdania mają charakter jawny i dotarcie do nich przez Odwołującego nie stanowiło żadnego problemu. Z kolei definicja przychodu jest zdefiniowana w art. 12 ustawy o podatku dochodowym od osób prawnych.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Odnośnie do zarzutu drugiego, Izba uznała w/w zarzut za niezasadny, oddając niniejszy.

W pierwszej kolejności wymaga podkreślenia, ze naturalnie stanowi to element cognicji Izby, co potwierdza chociażby wyrok S.O. W Toruniu z 17.07.2017 r., sygn. akt: V Ga 95/17. Następnie należy zgodzić się z Zamawiającym że wykreowany ustawami samorządowymi oraz ustawa o gospodarce komunalnej system tworzy gwarancję organizatorskiej swobody w sferze gospodarki komunalnej, która wyraża się w tym, że w ramach ogólnej normy kompetencyjnej jednostki samorządu terytorialnego dysponują samodzielnością upoważaniającą do działania nakierowanego na osiągniecie określonego celu. Podobnie w wyroku ETS TSUE z 03.10.2019 r., C-185/18, powyższe potwierdza TSUE w wyroku z 02.04.2020 r. C-3/19, w którym wskazuje, że: *„art. 2 ust. 1 akapit pierwszy dyrektywy 2014/23 ustanawia zasadę swobodnego administrowania przez krajowe, regionalne i lokalne organy władzy publicznej zgodnie z prawem krajowym i prawem Unii. (…) Po trzecie, z art. 2 ust. 1 akapit drugi dyrektywy 2014/23 w związku z jej motywem 5 wynika, że wspomniane organy mogą zdecydować, czy będą wykonywać swoje zadania w zakresie interesu publicznego z wykorzystaniem własnych zasobów, czy we współpracy z innymi organami, lub czy powierzą je wykonawcom. Jak zatem widać, dyrektywa 2014/23 nie może pozbawić państw członkowskich swobody optowania za jednym sposobem zarządzania na niekorzyść innych. Swoboda ta oznacza bowiem dokonanie wyboru na etapie poprzedzającym udzielenie koncesji, a w związku z tym ta decyzja nie może być objęta zakresem dyrektywy (zob. analogicznie wyrok z dnia 3 października 2019 r., Irgita, C-285/18, EU:C:2019:829, pkt 44; postanowienia z dnia 6 lutego 2020 r.: Pia Opera Croce Verde Padova, C-11/19, EU:C:2020:88, pkt 41; Rieco, od C-89/19 do C-91/19, EU:C:2020:87, pkt 33).”* Swoboda ta doznaje ograniczenia w in-housie – uzależniając jej zastosowanie od ziszczenia się trzech przesłanek ustawowych. Ich zaistnienie pozwala na zastosowanie tej instytucji. Niniejsze jest aktualne także po wyroku ETS 03.10.2019 r.w sprawie C-285/18 Irgita, co potwierdza wyrok KIO z 16.12.2020 r., KIO 3069/20 *„zdaniem składu orzekającego Izby powyższe wypowiedzi są również aktualne w tej sprawie, pomimo powołania się przez Odwołującego na wyrok TSUE z 3 października 2019 r. w sprawie C-285/18 Irgita. (…) Generalnie w powyższym wyroku Trybunał po raz kolejny potwierdził, że państwa członkowskie mają swobodę w zakresie wyboru sposobu świadczenia usług, który uznają za najbardziej odpowiedni (co wynika jednoznacznie z pkt 31 preambuły dyrektywy klasycznej). (…) Powyższy wyrok TSUE nie oznacza przyznania wykonawcom dodatkowej ochrony przed decyzjami zamawiających o zastosowaniu wyłączenia in-house, rozumianej jako nałożenie na tych ostatnich obowiązku każdorazowego wykazania zaistnienia dodatkowych, w stosunku do wynikających z art. 12 dyrektywy klasycznej, przesłanek, jeżeli takie wprost nie zostały wprowadzone przez krajowego prawodawcę.”*. Jednocześnie na rozprawie Przystępujący i Zamawiający wykazali dowodami, że spółka została wpisana do ewidencji działalności regulowanej (RDR) i dysponuje 6 pojazdami specjalistycznymi wraz z załogami (1. PK 4855L Iveco Daily – do odpadów zbieranych selektywnie; 2. PK 3674F Iveco Daily – do odpadów zbieranych selektywnie; 3. PK 50232 Renault – do odpadów zbieranych selektywnie; 4. PK 5160L FUSO – bez funkcji kompaktującej; 5. PK 5200S cania – do odpadów zmieszanych oraz 6. PKAVS63 Scania – do odpadów zmieszanych. Pojazdy z pozycji 1-5 są własnością PWiK, a pojazd z pozycji 6 PWiK użytkuje na podstawie umowy najmu). Nadto doraźnie realizuje zamówienie. Jednocześnie można byłoby mówić o naruszeniu uczciwej konkurencji, gdyby potwierdziło się naruszenie którejś z trzech przesłanek W. R. in-housie (za wyrokiem KIO 27.12.2017 r., sygn. akt: 2567/17: *„Wyeliminowanie konkurencji poprzez bezpodstawne udzielenie zamówienia w trybie z wolnej ręki stanowi jeden z najbardziej jaskrawych przykładów naruszenia zasad, jakimi powinien kierować się Zamawiający zgodnie z art. 7 ustawy Pzp. Co więcej, art. 18 ust. 1 zdanie 2 i 3 Dyrektywy 2014/24/UE wprost stanowi, że „Zamówień nie organizuje się w sposób mający na celu wyłączenie zamówienia z zakresu zastosowania niniejszej dyrektywy lub sztuczne zawężanie konkurencji. Uznaje się, że konkurencja została sztucznie zawężona, gdy zamówienie zostaje zorganizowane z zamiarem nieuzasadnionego działania na korzyść lub niekorzyść niektórych wykonawców”*.).

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Odnośnie do zarzutu trzeciego, Izba uznała w/w zarzut za niezasadny, oddając niniejszy.

Izba wskazuje, jak powiej zostało to przywołane, w kontekście dotychczasowego orzecznictwa i wyroku ETS z 03.10.2019 r. w sprawie C-285/18 Irgita, że - nie on oznacza przyznania wykonawcom dodatkowej ochrony przed decyzjami zamawiających o zastosowaniu wyłączenia in-house, rozumianej jako nałożenie na tych ostatnich obowiązku każdorazowego wykazania zaistnienia dodatkowych, w stosunku do wynikających z art. 12 dyrektywy klasycznej, przesłanek, jeżeli takie wprost nie zostały wprowadzone przez krajowego prawodawcę

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

W tym stanie rzeczy, Izba oddaliła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze i ust. 2 Pzp oraz orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 Pzp w zw. z § 3 pkt 1 lit. a i pkt 2 lit. b oraz § 5 ust. 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). Izba uznała wniosek Zamawiającego o zasądzenie kosztów wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3.600,00 zł, tj. zgodnie z przedłożonym rachunkiem (§ 3 pkt 2 lit. b w/w rozporządzenia).

Przewodniczący:

……