Sygn. akt: KIO 3096/21

WYROK

z dnia 22 listopada 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący

Magdalena Rams

Członkowie:

Ewa Sikorska

Robert Skrzeszewski

Protokolant:

Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 listopada 2021 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 października 2021 r. przez wykonawcę

Przedsiębiorstwo Oczyszczania Miasta EKO Sp. z o.o., z siedzibą w Kaliszu,

w postępowaniu prowadzonym przez Miasto Kalisz,

przy udziale:

A. Wykonawcy W. B. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą "BYŚ" W. B., Warszawa, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego,

B. wykonawcy ATF Sp. z o.o. Sp. k, z siedzibą w Mirosławcu, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego,

C. wykonawcy ENERIS Surowce S.A., z siedzibą w Kielcach, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego,

D. wykonawcy Firma Usługowa EKO-KAR Sp. z o.o. Sp. k., z siedzibą w Raszkowie, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania po stronie odwołującego,

E. wykonawcy Firma Usługowa KOSZ Sp. z o.o., z siedzibą w Ostrowie Wielkopolskim, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego,

F. wykonawcy JARPER sp. z o.o., z siedzibą w Kolonii Warszawskiej, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego,

G. wykonawcy PARTNER Sp. z o.o. Sp. k., z siedzibą we Wrocławiu, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego,

H. wykonawcy Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych S.A., z siedzibą w Kaliszu zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego,

I. wykonawcy M. J. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe MIKI M.J., Kraków, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego,

J. wykonawcy REMONDIS Bydgoszcz Sp. z o.o., z siedzibą w Bydgoszczy, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego,

K. wykonawcy M.M. prowadzącej działalność gospodarczą pod nazwą Usługi Komunalne "BŁYSK" M. M., Łomża, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego,

L. wykonawcy ZGK Groneko sp. z o.o., z siedzibą w Mikorzynie, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego,

M. wykonawcy Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o., z siedziba w Kaliszu, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1 Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża wykonawcę Przedsiębiorstwo Oczyszczania Miasta EKO Sp. z o.o., z siedzibą w Kaliszu i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę

Przedsiębiorstwo Oczyszczania Miasta EKO Sp. z o.o., z siedzibą w Kaliszu

tytułem wpisu od odwołania.

2.2 zasądza od wykonawcy Przedsiębiorstwa Oczyszczania Miasta EKO Sp. z o.o., z siedzibą w Kaliszu na rzecz zamawiającego Miasta Kalisz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów wynagrodzenie pełnomocnika.

Stosownie do 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. z2021 r., poz. 1129 wraz ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący: .....

Członkowie:

Sygn. akt: KIO 3096/21

UZASADNIENIE

W dniu 18 października 2021 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy Przedsiębiorstwo Oczyszczania Miasta EKO Sp. z o.o. z siedzibą w Kaliszu

(dalej „Odwołujący") zarzucając zamawiającemu - Miastu Kalisz (dalej „Zamawiający")

naruszenie:

1) art. 214 ust. 1 pkt 11 Pzp w zw. z art. 214 ust. 5 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 Pzp

poprzez zamiar udzielenia zamówienia publicznego spółce Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o. w sposób niezgodny z przewidzianymi w Pzp warunkami udzielenia takiego zamówienia, tj. w sytuacji niespełnienia przez ten podmiot wymogu ponad 90% działalności wykonywanej na rzecz Zamawiającego jako zadań powierzonych, a co najmniej w sytuacji niewykazania przez Zamawiającego (w sposób faktyczny, rzetelny i niebudzący wątpliwości) zaistnienia przesłanki udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki, o której mowa w art. 214 ust. 1 pkt 11 lit. b);

2) art. 214 ust. 1 pkt 11 Pzp w zw. z art. 17 ust. 1 Pzp w zw. z art. 83 Pzp poprzez zamiar udzielenia zamówienia publicznego spółce Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o. w sytuacji, gdy udzielenie przedmiotowego zamówienia temu podmiotowi w niekonkurencyjnym trybie „z wolnej ręki" nie zapewnia najlepszej jakości usługi uzasadnionej charakterem zamówienia w ramach środków, które zamawiający może przeznaczyć na jego realizację, i nie zapewnia uzyskania najlepszych efektów zamówienia, w tym efektów społecznych, środowiskowych i gospodarczych, w szczególności nie powoduje obniżenia kosztów systemu odbioru odpadów komunalnych na wyższym poziomie niż ten, który można byłoby osiągnąć, gdyby postępowanie o udzielenie przedmiotowego zamówienia toczyło się w jednym z konkurencyjnych trybów udzielenia publicznego;

3) art. 214 ust. 1 pkt 11 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp w zw. z art. 17 Pzp w zw. z art. 83

Pzp w zw. z art. 9 ust. 1 i ust. 2 pkt 5 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 2021 r., poz. 275 j.t. ze zm.), dalej jako „uokik" w

zw. z art. 6 ust. 1 pkt 6 uokik poprzez nadużycie przez Zamawiającego pozycji dominującej, prowadząc do nieuczciwej konkurencji i nierównego traktowania

wykonawców.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie niniejszego odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienie Postępowania prowadzonego na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 11 Pzp.

Odwołujący na podstawie art. 534 Pzp w zw. z art. 538 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 539 ust. 1 Pzp wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie przez Izbę dowodu z opinii biegłego z zakresu finansów, ekonomii lub rachunkowości w zakresie oceny, jaki procent działalności Wykonawcy - Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o. dotyczy (w rozumieniu art. 214 ust. 1 pkt 11 Pzp) zadań powierzonych temu Wykonawcy przez Zamawiającego, sprawującego kontrolę nad Wykonawcą - Miasto Kalisz, w szczególności, czy wynosi on ponad 90%.

W uzasadnieniu podniesionych zarzutów Odwołujący wskazał, że w dniu 8 października 2021 r. Zamawiający opublikował informację o zamiarze zawarcia przez umowy z PWIK w przedmiocie odbioru i transportu odpadów komunalnych wielkogabarytowych odebranych z terenu nieruchomości zamieszkałych zabudowanych budynkami jednorodzinnymi i wielolokalowymi położonymi na terenie miasta Kalisza. Zgodnie z zamieszczonym w dniu 7 października 2021 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych planem postępowań o udzielenie zamówień na rok 2021 orientacyjna wartość przedmiotowego zamówienia wynosi 1 945 000,00 zł. Dowód: Plan postępowań o udzielenie zamówień na rok 2021

Odwołujący wskazał, że zgodnie z informacją przekazaną przez Zamawiającego:

- Zamawiający sprawuje nad PWIK kontrolę, odpowiadającą kontroli sprawowanej nad własnymi jednostkami, polegającą na dominującym wpływie na cele strategiczne oraz istotne decyzje dotyczące zarządzania sprawami Wykonawcy,
- w latach 2018-2020 95,40% działalności PWIK dotyczyło działalności powierzonej przez Zamawiającego. Procent ten wyliczono według średniego przychodu osiągniętego przez Wykonawcę za 3 lata poprzedzające udzielenie zamówienia (2018-2020) z podstawowej działalności objętej taryfą za zbiorowe zaopatrzenie w wodę i zborowe odprowadzanie ścieków, gdzie średni przychód Wykonawcy w tych latach wyniósł 49.419,30 tys. zł na rok, a średni przychód z działalności powierzonej przez Zamawiającego wyniósł 47.152,93 tys. zł na rok,
- w PWIK nie ma bezpośredniego udziału kapitału prywatnego,
- Wykonawca posiada wpis do BDO nadany przez Marszałka Województwa Wielkopolskiego i rejestru działalności regulowanej prowadzonego przez Prezydenta Miasta Kalisza, jak również posiada bazę magazynowo- transportową w Kaliszu i zapewnia pojazdy przystosowane do transportu odpadów komunalnych,
- PWIK gwarantuje ciągłość, dobrą jakość i systematyczność wykonywania usług,
- Zamawiający dokonał wstępnej oceny zdolności PWIK do wykonania zamówienia i

wypadła ona pozytywnie. Zamawiający, posiadając pełną kontrolę nad PWIK, doskonale zna sytuację finansową, kadrową i techniczną Wykonawcy i stoi na stanowisku, że PWIK jest w stanie należycie realizować zamówienie. Dowód: Informacja o zamiarze zawarcia umowy (2021)

W Informacji o zamiarze zawarcia umowy Zamawiający wskazał także, że na swojej stronie internetowej zamieścił szczegółową metodologię wyliczeń, jak uzasadniać ma spełnienie warunku, o którym mowa w art. 214 ust. 1 pkt 11 lit. b) Pzp. Dowód: Metodologia wyliczeń i obliczenia

Brak spełnienia formalnych przesłanek dla udzielenia zamówienia in-house

Odwołujący wskazał, że zgodnie z art. 214 ust. 1 pkt 11 Pzp Zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki, jeżeli są łącznie spełnione następujące warunki, tj. jeżeli zamówienie udzielane jest przez zamawiającego, o którym mowa w art. 4 i art. 5 ust. 1 pkt 1 Pzp, osobie prawnej, jeżeli spełnione są łącznie następujące warunki:

a) zamawiający sprawuje nad tą osobą prawną kontrolę, odpowiadającą kontroli sprawowanej nad własnymi jednostkami, polegającą na dominującym wpływie na cele strategiczne oraz istotne decyzje dotyczące zarządzania sprawami tej osoby prawnej; warunek ten jest również spełniony, gdy kontrolę taką sprawuje inna osoba prawna kontrolowana przez zamawiającego w taki sam sposób,

b) ponad 90% działalności kontrolowanej osoby prawnej dotyczy wykonywania zadań powierzonych jej przez zamawiającego sprawującego kontrolę lub przez inną osobę prawną, nad którą ten zamawiający sprawuje kontrolę, o której mowa w lit. a,

c) w kontrolowanej osobie prawnej nie ma bezpośredniego udziału kapitału prywatnego.

Odwołujący zarzucił, że w odniesieniu do PWIK, nie są spełnione łącznie wszystkie wyżej wymienione przesłanki. W szczególności, nie jest spełniona przesłanka, że ponad 90% działalności Wykonawcy dotyczy zadań powierzonych mu przez Zamawiającego, a co najmniej nie zostało to wykazane przez Zamawiającego w sposób niebudzący wątpliwości.

Odwołujący wskazał, że celem uporządkowania terminologii używanej zarówno w niniejszym odwołaniu należy wskazać, że sam Zamawiający utożsamia pojęcie przychodu z działalności powierzonej z przychodem z działalności podstawowej. PWIK w swoich sprawozdaniach finansowych również posługuje się pojęciem „sprzedaży produkcji podstawowej". Dodatkowo

Odwołujący wskazał, że przychodem z działalności komercyjnej, będą więc wszystkie inne przychody niż te, generowane z zadań powierzonych PWIK przez Miasto Kalisz.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z treścią uchwały nr XX/138/91 Rady Miejskiej Kalisza z dnia 3 grudnia 1991 r. w sprawie przekształcenia Przedsiębiorstwa Wodociągów i Kanalizacji w Kaliszu w jednoosobową Spółkę Miasta z ograniczoną odpowiedzialnością, Spółka PWiK powołana jest do zapewnienia ciągłości i powszechnej dostępności dostaw wody i odbioru ścieków na terenie miasta Kalisza. W myśl § 5 wyżej wymienionej uchwały: Przedmiotem działania Spółki jest:

- produkcja, dostawa i sprzedaż wody na zaopatrzenie ludności i innych odbiorców,
- odbiór i oczyszczanie ścieków,
- budowa, konserwacja i naprawa urządzeń wodociągowych i kanalizacyjnych,
- prowadzenie inwestycji w zakresie wodociągów i kanalizacji,
- wykonywanie prac projektowych i wydawanie warunków podłączeń do sieci wodociągowych i kanalizacyjnych,
- realizacja zadań obronnych zgodnie z obowiązującymi ustawami w tym zakresie

Dowód: uchwała nr XX/138/91 Rady Miejskiej Kalisza z dnia 3 grudnia 1991 r. w sprawie przekształcenia Przedsiębiorstwa Wodociągów i Kanalizacji w Kaliszu w jednoosobową Spółkę Miasta z ograniczoną odpowiedzialnością.

Zgodnie z informacją ze strony internetowej Wykonawcy:

Spółka prowadzi działalność w zakresie zbiorowego zaopatrzenia w wodę i 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 roku oraz w oparciu o Regulamin dostarczania wody i odprowadzania ścieków na terenie miasta Kalisza

przyjęty Uchwałą Nr LVIII/765/2018 Rady Miasta Kalisza z dnia 27 września 2018 roku w sprawie uchwalenia regulaminu dostarczania wody i odprowadzania ścieków na terenie miasta Kalisza. Spółka działa na obszarze Rzeczypospolitej Polskiej oraz poza jej granicami. Działalność Spółki oparta jest na samodzielnie sporządzanym rocznym Planie techniczno - ekonomicznym uchwalanym przez Zarząd. Spółka powołana jest do zapewnienia ciągłości powszechnej dostępności dostaw wody i odbioru ścieków na terenie Miasta Kalisza.

Zgodnie z treścią art. 40 ustawy z dnia 20 sierpnia 1997r. o Krajowym Rejestrze Sądowym (t.j. Dz.U. z 2019r. poz. 1500 ze zm.) przedmiotem działalności Spółki według Polskiej Klasyfikacji Działalności (PKD) jest:

a) odprowadzanie i oczyszczanie ścieków (PKD 37.00.Z),

b) pobór, uzdatnianie i dostarczanie wody (PKD 36.00.Z),

c) roboty związane z budową rurociągów przesyłowych i sieci rozdzielczych (PKD 42.21.Z),

d) pozostałe specjalistyczne roboty budowlane, gdzie indziej niesklasyfikowane (PKD 43.99.Z),

e) wytwarzanie energii elektrycznej (PKD 35.11.Z),

f) pozostała sprzedaż detaliczna prowadzona poza siecią sklepową, straganami i targowiskami (PKD 47.99.Z),

g) wynajem i zarządzanie nieruchomościami własnymi lub dzierżawionymi (PKD 68.20.Z),

h) działalność w zakresie inżynierii i związane z nią doradztwo techniczne (PKD 71.12.Z),

i) pozostałe badania i analizy techniczne (PKD 71.20.B),

j) transport drogowy towarów (PKD 49.41.Z)

Pozostałe przedmioty działalności zostały wymienione w § 8 Umowy Spółki. Dowód:

Dalej Odwołujący wskazał, że zgodnie z informacją o zamiarze zawarcia umowy z 2021 r.: w latach 2018 - 2020 95,40% działalności PWiK dotyczyło działalności powierzonej przez Miasto Kalisz. Procent ten wyliczono według średniego przychodu osiągniętego przez PWiK za 3 lata poprzedzające udzielenie zamówienia (2018-2020) z podstawowej działalności objętej taryfą za zbiorowe zaopatrzenie w wodę i zborowe odprowadzanie ścieków, gdzie średni przychód Wykonawcy w tych latach wyniósł 49.419,30 tys. PLN/ rok, a średni przychód z działalności powierzonej przez Zamawiającego wyniósł 47.152,93 tys. PLN/ rok.

W poszczególnych latach średnie przychody kształtowały się następująco (dokumenty źródłowe są jawne i ogólnodostępne w przeglądarce dokumentów finansowych na stronie:

po wpisaniu numeru KRS Wykonawcy: 0000010157):

	2018	2019	2020
Średni przychód Wykonawcy wPLN	49.275,70 tys.	50.118,30 tys.	48.864,00 tys.

Średni przychód z działalności powierzonej przez Miasto Kalisz w PLN	47.154,00 tys.	47.721,20 tys.	46.583,60 tys.

Odwołujący zwrócił uwagę, że informacja o zamiarze zawarcia umowy przygotowana jest nierzetelnie, a sam Zamawiający (ale także PWIK) nie jest spójny w zakresie prezentowanych danych liczbowych. Co więcej, dane te nie znajdują nawet odzwierciedlenia w sprawozdaniach finansowych (do których odwołuje się Zamawiający w informacji o zamiarze zawarcia umowy, jako źródło danych), co czyni wyliczenia Zamawiającego jeszcze mniej wiarygodnymi. W informacji o zamiarze zawarcia umowy Zamawiający odwołuje się do „przychodu z działalności podstawowej" i odwołuje się do danych zawartych w dokumentach finansowych Wykonawcy.

Tymczasem:

1) Rok 2020:

- wg informacji o zamiarze zawarcia umowy, średni przychód z działalności powierzonej przez Miasto Kalisz wyniósł: 46.583,60 tys. zł,
- wg informacji z Metodologii wyliczeń, średni przychód ze sprzedaży z działalności powierzonej wyniósł: 46.583,70 tys. zł,
- wg informacji wynikającej ze Sprawozdania finansowego (na podstawie, którego dokonywane miały być wyliczenia) sprzedaż produkcji podstawowej wyniosła w roku 2020 wyniosła: 45.228,30 tys. zł;

2) Rok 2019:

- wg informacji o zamiarze zawarcia umowy, średni przychód z działalności powierzonej przez Miasto Kalisz wyniósł: 47.721,20 tys. zł,
- wg informacji wynikającej ze Sprawozdania finansowego (na podstawie, którego dokonywane miały być wyliczenia) sprzedaż produkcji podstawowej wyniosła w roku 2019 wyniosła: 46.159,80 tys. zł;

3) Rok 2018:

- wg informacji o zamiarze zawarcia umowy, średni przychód z działalności powierzonej przez Miasto Kalisz wyniósł: 47.154,00 tys. zł,
- wg informacji wynikającej ze Sprawozdania finansowego (na podstawie, którego dokonywane miały być wyliczenia) sprzedaż produkcji podstawowej wyniosła w roku 2018 wyniosła: 45.207,50 tys. zł.

Zdaniem Odwołującego na tym etapie widać, że dane liczbowe opublikowane przez Zamawiającego nie są wiernym odzwierciedleniem danych zawartych w sprawozdaniach finansowych Wykonawcy, a Zamawiający „luźno" podchodzi do ich respektowania, dokonując raczej ich własnej interpretacji, co wskazuje na próbę zawyżania parytetu procentowego (90% do 10%) celem udzielenia Wykonawcy przedmiotowego zamówienia w trybie „z wolnej ręki".

W ocenie Odwołującego, oczywistym jest przy tym, że to na Zamawiającym spoczywa ciężar wykazania, że w zaistniałych okolicznościach faktycznych są spełnione wszystkie przesłanki, o których mowa w art. 214 ust. 1 pkt 11 Pzp. Jak bowiem wskazuje się w orzecznictwie (wydanym co prawda na tle poprzednio obowiązującej ustawy, ale zachowującym aktualność): „Podkreślenia wymaga, że to na Zamawiającym spoczywa obowiązek wykazania istnienia przesłanek do zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki, a

wykazanie to i zastosowanie trybu niekonkurencyjnego, jako odstępstwo od zasady udzielania zamówień w trybach konkurencyjnych, nie może budzić żadnych 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 z art. 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." (zob. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 czerwca 2020 r., sygn. akt: KIO 950/20, LEX nr 3043794).

W ocenie Odwołującego, temu obowiązkowi Zamawiający nie sprostał w odniesieniu do przesłanki wskazanej w art. 214 ust. 1 pkt 11 lit. b) Pzp, a opublikowane przez Zamawiającego dane liczbowe budzą poważne wątpliwości co do ich prawdziwości i rzetelności.

Klasyfikacja przychodów z działalności komercyjnej

Odwołujący zwrócił uwagę, że na przestrzeni niespełna jednego roku sam Zamawiający zmienił podejście do klasyfikacji przychodów, jakie PWIK osiąga z działalności komercyjnej. Szczegółowa analiza dokumentów, w których wskazywany jest procentowy udział przychodów z działalności powierzonej przez Zamawiającego spółce PWIK, pozwala zauważyć, że procent ten zwiększa się wraz z upływem czasu, przy czym wzrost ten wiąże się między innymi ze zmianą metodologii liczenia i klasyfikacji przez Zamawiającego poszczególnej grupy przychodów (raz do działalności powierzonej, raz do działalności komercyjnej). Na podstawie dostępnych danych źródłowych (informacji o zamiarze zawarcia umowy z grudnia 2020 r. i października 2021 r.), Odwołujący wskazał, że:

- w latach 2017-2019 średnioroczny przychód z działalności powierzonej wynosił 94,4%,

- w latach 2018-2020 średnioroczny przychód z działalności powierzonej wynosił już 95,40%.

Np. w informacji o zamiarze zawarcia umowy z 2020 r. Zamawiający szacował ten udział w 2019 r. na 94,4%, gdy tymczasem z informacji pochodzących od Zamawiającego z roku 2021 r. wynika już, że szacuje ten udział w 2019 r. na 95,7 %, a w 2020 na 95,4%.

Dowód:

- informacja o zamiarze zawarcia umowy (2021)

- informacja o zamiarze zawarcia umowy (2020)

W obu przypadkach dane te nie pokrywają się z danymi widniejącymi w sprawozdaniach finansowych Wykonawcy. Przyczyną zarówno różnic pomiędzy danymi zawartymi w dokumentach finansowych PWIK, jak i rzekomego wzrostu zakresu działalności powierzonej przez Zamawiającego PWIK, jest odmienna klasyfikacja tych samych przychodów: raz do działalności komercyjnej, innym razem do działalności powierzonej. Sytuacja ta dotyczy przychodów z: opłat za utrzymanie fontanny, sprzedaży usługi kanalizacji deszczowej, opłaty za przekroczenie warunków wprowadzania ścieków do kanalizacji. Co istotne, w kolejnych sprawozdaniach zarządu Wykonawcy wyżej wymienione rodzaje przychodów są przez zarząd PWIK konsekwentnie klasyfikowane jako przychód z działalności komercyjnej (tzw. sprzedaż pozostała). Na przykładzie sprawozdania z działalności zarządu za rok 2020 r. (vide: str. 15) możemy zobaczyć, jakie rodzaje przychodów Wykonawca zalicza do przychodów z działalności komercyjnej (w sprawozdaniach: sprzedaż pozostała, na którą składają się dalsze grupy przychodów):

Sprzedaż wody dla gmin ościennych	1.056.7	919.2	1.023.6	96.9	111.4

Sprzedaż usług kanalizacyjnych dla gmin ościennych	468.6	349.3	576.5	123.0	165.0
Sprzedaż ushig kanalizacji deszczowej	670.7	670.7	670.7	100.0	100.0
Sprzedaż usług pozostałych	1.636.1	1.600.0	1.305.6	79.8	81.6
Sprzedaż materiałów	126.4	90.0	59.2	46.8	65.8
Razem sprzedaż pozostała	3.958.5	3.629.2	3.635,6	91.8	100.2
Sprzedaż ogółem	50.118,3	49.734,8	48.863,9	97,5%	98,2%

Wyszczególnienie przychodów ze sprzedaży usług pozostałych

(w tys. zł)

	Wykonanie 2019 rok	Wykonanie 2020 rok
Sprzedaż usług komercyjnych	398,8	343,0
Sprzedaż usług eksploatacji kolektora przerzut.	63,9	63,9
Sprzedaż usług laboratorium	282,7	214,1
Opłaty za przekroczenie warunków wprowadzania ścieków do kanalizacji	888,0	679,9
Opłaty za utrzymanie fontanny Skwer Sybiraków	2,7	4,7
	1.636,1	1.305,6

Dowód: sprawozdania zarządu PWIK za lata 2017 - 2020

Dalej Odwołujący wskazał, że w przypadku opłaty za przekroczenie warunków wprowadzania ścieków do kanalizacji Zamawiający wskazuje przy tym, że: opłata dodatkowa określona jest w taryfie zatwierdzanej przez Wody Polskie i reguluje jedynie wysokość wynagrodzenia za przyjęcie przez przedsiębiorstwo ścieków przekraczających te ustalone normy. Na podstawie zawartej umowy przedsiębiorstwo zobowiązane jest do przyjęcia od dostawcy ścieków podwyższonego ładunku, przy czym jeżeli ścieki przekraczają dopuszczalne stężenie to przyjmuje je za dodatkową opłatą. Wysokość opłaty dodatkowej jest tak kalkulowana przez przedsiębiorstwo, aby zrekompensować dodatkowe koszty, które ponosi w celu zapewnienia prawidłowej gospodarki ściekowej miasta. W związku z powyższym opłaty za przekroczenie zostały zakwalifikowane, tak jak inne opłaty naliczane na podstawie taryfy, do przychodów z wykonywania zadań powierzonych przez zamawiającego. Dowód: metodologia wyliczeń i obliczenia

W ocenie Odwołującego, stanowisko to nie jest jednak spójne z dokumentami finansowymi PWIK, gdzie wpływy z opłat za przekroczenie warunków wprowadzania ścieków przemysłowych do urządzeń kanalizacyjnych Wykonawca kwalifikuje jako przychód z działalności komercyjnej, pomniejszając o tę wartość przychód z działalności powierzonej.

W ocenie Odwołującego, podejście prezentowane w dokumentach finansowych spółki, które podlegają badaniom, jest działaniem prawidłowym bowiem, ustalając koszt jednostkowy sprzedaży wody i usługi odbioru ścieków, PWIK opiera się na koszcie świadczenia tych dwóch usług. W koszcie tym została uwzględniona wartość opłat za korzystanie ze środowiska. Ponieważ ceny w taryfie ustalane są na poziomie kosztu jednostkowego, zatem ich wysokość pokrywa i tę kategorię kosztów. Tym samym przychody z tytułu opłat za przekroczenie warunków wprowadzania ścieków przemysłowych do urządzeń kanalizacyjnych, stanowią pewną „nadwyżkę" w stosunku do przychodów pokrywających koszty świadczenia usług. Z tego powodu w dokumentach finansowych Wykonawcy nie są ujmowane jako przychody z działalności powierzonej, a właśnie jako przychód z działalności komercyjnej. Poza tym, opłaty takie stanowią rodzaj sankcji (kary) z tytułu przekroczenia warunków wprowadzania ścieków przemysłowych do urządzeń, co tym bardziej przemawia za ich kwalifikacją do przychodu z działalności komercyjnej.

W przypadku wpływów z tytułu opłat za utrzymanie fontanny i przychodów ze sprzedaży usług kanalizacji deszczowej, Zamawiający w ogóle nie wypowiada się na temat przyczyn zakwalifikowania tej grupy przychodów do przychodów z działalności powierzonej. Jest to tym bardziej zastanawiające, że w dokumentach finansowych Wykonawcy przychody te są

wyraźnie kwalifikowane jako przychody z działalności komercyjnej. Ponadto, jeszcze w ubiegłym roku sam Zamawiający kwalifikował je jako przychód z działalności komercyjnej i na przestrzeni jednego roku zmienia stanowisko w tym zakresie, jednocześnie deklarując, że PWIK osiąga jeszcze wyższy procent działalności z działalności powierzonej, co nie polega na prawdzie. Brak jednoznacznej i konsekwentnie stosowanej kwalifikacji przychodów do przychodów z działalności powierzonej lub przychodów z działalności komercyjnej podważa wiarygodność danych prezentowanych przez Zamawiającego i utrudnia ocenę faktycznej sytuacji finansowej Spółki. Fakt, iż udział przychodów z działalności powierzonej zmienia się w czasie, przyjmując coraz korzystniejsze dla PWIK wartości, zmniejsza wiarygodność tych szacunków i uniemożliwia przyjęcie, że Zamawiający sprostał ciążącemu na nim obowiązkowi wykazania spełnienia zaistnienia przesłanek z art. 214 ust. 1 pkt 11 Pzp, w szczególności przesłanki z lit. b).

Zawyżanie przychodu z działalności powierzonej (kwestia wód opadowych lub roztopowych)

Odwołujący zwrócił uwagę na niewiarygodność danych dotyczących przychodu ze sprzedaży usług kanalizacyjnych dla Miasta Kalisza, które stanowią przeszło 60% przychodów Wykonawcy. W kontekście przychodu z działalności powierzonej dane te są znacznie zawyżone, bowiem Zamawiający wlicza w tę pozycję zarówno przychód z tytułu odbioru ścieków bytowych i przemysłowych, jak i z tytułu odbioru wód opadowych lub roztopowych, których odbiór nie jest objęty zakresem powierzenia. Tym samym przychód z tego tytułu nie może być uznany za przychód z działalności powierzonej. PWIK dysponuje własną siecią kanalizacji ogólnospławnej i sanitarnej, którą eksploatuje i konserwuje, ponosząc z tego tytułu określone koszty. Natomiast sieć kanalizacji deszczowej nie jest wystarczająca i znaczna ilość wód opadowych i roztopowych trafia do kanalizacji ogólnospławnej, a czasem też do kanalizacji sanitarnej (nielegalnie) i jest odprowadzana łącznie ze ściekami bytowymi i przemysłowymi do oczyszczalni w Kucharach (spółka Prosna).

Przychody z tytułu odbioru wód opadowych lub roztopowych nie mogą być uznane za przychód z działalności powierzonej, a mogą stanowić wyłącznie przychód z działalności komercyjnej PWIK. Zgodnie z treścią uchwały nr XX/138/91 Rady Miejskiej Kalisza z dnia 3 grudnia 1991 r. w sprawie przekształcenia Przedsiębiorstwa Wodociągów i Kanalizacji w Kaliszu w jednoosobową Spółkę Miasta z ograniczoną odpowiedzialnością, Spółka PWIK powołana jest do zapewnienia ciągłości i powszechnej dostępności dostaw wody i odbioru ścieków na terenie miasta Kalisza.

Zgodnie z art. 16 pkt 61 ustawy z dnia 20 lipca 2017 r. - Prawo wodne, wody opadowe lub

roztopowe nie stanowią ścieków. Pod pojęciem tym należy natomiast rozumieć:

wprowadzane do wód lub do ziemi:

a) wody zużyte na cele bytowe lub gospodarcze,

b) ciekłe odchody zwierzęce, z wyjątkiem gnojówki i gnojowicy przeznaczonych do rolniczego wykorzystania w sposób i na zasadach określonych w przepisach działu III rozdziału 4 oraz w przepisach ustawy z dnia 10 lipca 2007 r. o nawozach i nawożeniu

(Dz. U. z 2021 r. poz. 76),

c) wody odciekowe ze składowisk odpadów oraz obiektów unieszkodliwiania odpadów wydobywczych, w których są składowane odpady wydobywcze niebezpieczne oraz odpady wydobywcze inne niż niebezpieczne i obojętne, miejsc magazynowania, prowadzenia odzysku lub unieszkodliwiania odpadów, wykorzystane solanki, wody lecznicze i termalne,

d) wody pochodzące z obiegów chłodzących elektrowni lub elektrociepłowni,

e) wody pochodzące z odwodnienia zakładów górniczych, z wyjątkiem wód wtłaczanych do górotworu, jeżeli rodzaje i ilość substancji zawartych w wodzie wtłaczanej do górotworu są tożsame z rodzajami i ilościami substancji zawartych w pobranej wodzie, z wyłączeniem niezanieczyszczonych wód pochodzących z odwodnienia zakładów górniczych,

f) wody wykorzystane, odprowadzane z obiektów chowu lub hodowli ryb w obiektach przepływowych, charakteryzujących się poborem zwrotnym, o ile ilość i rodzaj substancji zawartych w tych wodach przekracza wartości ustalone w warunkach wprowadzania ścieków do wód określonych w pozwoleniu wodnoprawnym,

g) wody wykorzystane, odprowadzane z obiektów chowu lub hodowli ryb albo innych organizmów wodnych w stawach o wodzie stojącej, o ile produkcja tych ryb lub organizmów rozumiana jako średnioroczny przyrost masy tych ryb albo tych organizmów w poszczególnych latach cyklu produkcyjnego przekracza 1500 kg z 1 ha powierzchni użytkowej stawów rybnych tego obiektu w jednym roku danego cyklu.

W wyżej wymienionej legalnej definicji pojęcia „ścieki" brak jest odwołana się do „wód opadowych lub roztopowych". Ustawodawca, w ustawie z dnia 20 lipca 2017 r., wyłączył z definicji pojęcia „ścieki" wody opadowe i roztopowe, które wchodziły w zakres tego pojęcia w okresie poprzednio obowiązującej ustawy, tj. ustawy z dnia 18 lipca 2001 r. - Prawo wodne, gdzie w art. 9 ust. 1 pkt 14 lit. c ustawodawca wskazywał wprost, że wody opadowe lub roztopowe, ujęte w otwarte lub zamknięte systemy kanalizacyjne, pochodzące z powierzchni zanieczyszczonych o trwałej nawierzchni, w szczególności z miast, portów, lotnisk, terenów przemysłowych, handlowych, usługowych i składowych, baz transportowych oraz dróg i parkingów stanowią ścieki.

Skoro PWIK powołana jest do zapewnienia ciągłości i powszechnej dostępności dostaw wody i odbioru ścieków na terenie miasta Kalisza, a wody opadowe i roztopowe (w świetle aktualnych przepisów prawa) ściekami nie są, to przychód z tytułu odbioru wód opadowych lub roztopowych nie może być uznany za przychód z działalności powierzonej.

Co więcej, zdaniem Odwołującego, w najnowszym orzecznictwie sądów administracyjnych podkreśla się już, że w zakresie zadań własnych gminy nie mieści się odprowadzanie wód opadowych i roztopowych niebędących ściekami, co oznacza, że Miasto Kalisz nie mogłoby nawet powierzyć PWIK realizacji takiego zadania. Potwierdza to wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Gliwicach z dnia 14 kwietnia 2021 r., gdzie wskazano, że: „zadania własne gminy - obejmujące odprowadzanie jedynie ścieków - nie obejmują odprowadzania wód opadowych i roztopowych niebędących ściekami. Nawet jeśli wody te są odbierane przy pomocy kanalizacji ogólnospławnej w sytuacji braku na danym terenie oddzielnej kanalizacji deszczowej, to nie czyni tych wód ściekami i nie powoduje po stronie Gminy powstania obowiązku ich odbioru w ramach zadań własnych. Tym samym przedsiębiorstwo wodne nie ma obowiązku ujęcia w taryfie regulującej opłaty za zbiorowe zaopatrzenie w wodę i zbiorowe odprowadzanie ścieków opłat za odbiór wód deszczowych. W takim zaś wypadku, Rada Gminy nie ma obowiązku ich zatwierdzenia." (zob. wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Gliwicach z dnia 14 kwietnia 2021 r., sygn. akt: III SAB/Gl 45/21).

Zdaniem Odwołującego, powyższe twierdzenia są też w pełni kompatybilne z treścią aktualnie obowiązującej taryfy dla zbiorowego zaopatrzenia w wodę i zbiorowego odprowadzania ścieków na okres 3 lat obowiązującej na terenie miasta Kalisza, z uwzględnieniem której Zamawiający miał dokonywać wyliczeń, jaki procent działalności PWIK dotyczy zadań powierzonych. W pkt 4.2. „Taryfa dla zbiorowego odprowadzania ścieków" (vide: str. 15 taryfy) wyjaśnione zostało, że: w zakresie zbiorowego odprowadzania ścieków podobnie jak dotychczas utrzymano jedną grupę odbiorców usług dla ścieków socjalno- bytowych i przemysłowych. Są to dostawcy ścieków z gospodarstw domowych: właściciele oraz zarządcy budynków jedno i wielorodzinnych, lokali mieszkaniowych i podobnych oraz osoby posiadające tytuł prawny do nieruchomości, jak i dostawcy ścieków przemysłowych tj. wszyscy dostawcy ścieków z gospodarstw domowych, z zakładów przemysłowych, zakładów opieki zdrowotnej oraz obiektów użyteczności publicznym. Dowód: Taryfa dla zbiorowego zaopatrzenia w wodę i zbiorowego odprowadzenia ścieków na okres 3 lat obowiązująca na terenie miasta Kalisza

W taryfie mowa jest więc wyłącznie o ściekach bytowych i przemysłowych. Pod tymi pojęciami, zgodnie z art. 16 Prawa wodnego, rozumie się:

62) ścieki bytowe - rozumie się przez to ścieki z budynków mieszkalnych, zamieszkania zbiorowego oraz użyteczności publicznej powstające w wyniku ludzkiego metabolizmu lub funkcjonowania gospodarstw domowych oraz ścieki o zbliżonym składzie pochodzące z tych budynków;

64) ścieki przemysłowe - rozumie się przez to ścieki niebędące ściekami bytowymi albo wodami opadowymi lub roztopowymi, powstałe w związku z prowadzoną przez zakład działalnością handlową, przemysłową, składową, transportową lub usługową, a także będące ich mieszaniną ze ściekami innego podmiotu, odprowadzane urządzeniami kanalizacyjnymi

tego zakładu.

W zakresie zbiorowego odprowadzania ścieków wyłoniono jedną podstawową grupę odbiorców, do której należą wszyscy dostawcy ścieków z gospodarstw domowych oraz z zakładów przemysłowych i produkcyjnych, co mogłoby wskazywać na to, że cena zawarta w taryfie nie obejmuje odbioru wód opadowych i roztopowych. Dokładna analiza dokumentów finansowych prowadzi jednak do zgoła odmiennego wniosku, tzn. cena za odbiór ścieków (a więc i przychody z tego tytułu) zawiera w sobie także koszty odbioru, odprowadzania i oczyszczania wód opadowych i roztopowych. Tymczasem, skoro zadaniem powierzonym PWIK nie jest odbiór wód opadowych lub roztopowych, to przychody, jakie z tego tytułu osiąga PWIK nie mogą być uznane za przychód z działalności powierzonej. W takiej sytuacji Zamawiający, niezależnie wewnętrznej polityki PWIK, przychód osiągany przez Wykonawcę z tytułu odbioru wód opadowych lub roztopowych powinien wyłączyć z przychodu z działalności powierzonej, dokonując weryfikacji danych prezentowanych przez samego Wykonawcę, czego nie uczynił. To z kolei prowadzi do zaburzeń poziomu procentowanego przychodu generowanego z działalności powierzonej i czyni wyliczenia prezentowane przez Zamawiającego całkowicie niewiarygodnymi.

Odwołujący wskazał przy tym, że w najnowszych sprawozdaniach finansowych spółki (lata 2019 i 2020) nie są publikowane szczegółowe dane na temat ilości ścieków, jakie przepompowywane są przez PWIK do oczyszczani ścieków spółki Prosna w Kucharach. Ścieki do oczyszczalni spółki Prosna w Kucharach dostarczane są przez Wykonawcę za pośrednictwem kolektora tłocznego wychodzącego z Pompowni Głównej przy ul. Złotej. Ilości przyjętych ścieków przez oczyszczalnię są odczytywane przez PWIK z licznika pomiarowego zlokalizowanego w Pompowni Głównej przy ul. Złotej i przekazywane spółce Prosna. Ilości te są większe niż ilości ścieków odebranych od odbiorców usług PWIK i zafakturowanych.

ścieki -oczyszczalnia w Kucharach	2017	2018	2019	2020
ilość ścieków zafakturowanych [tys.m3]	5264,2	4386,2	4912,7	5068,2
ilość ścieków rzeczywiście przepompowanych do oczyszczalni	5506,4	5247,4	b.d	b.d.
ilość ścieków odebranych z m. Kalisza i gmin ościennych (podstawa do określenia przychodu)	4300,7	4386,2	4297,2	4245,9

Dowód: sprawozdania zarządu PWIK za lata 2017 - 2020

W kontekście podnoszonego przez Odwołującego zarzutu co do braku wiarygodności danych publikowanych przez Zamawiającego i PWIK i w kontekście zgłaszanego przez

Odwołującego wniosku o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego, wskazać należy, że informacja o ilości ścieków rzeczywiście przepompowanych do

oczyszczani ścieków w Kucharach nie jest ujawniana w najnowszych sprawozdaniach

finansowych PWIK, co powinno budzić wątpliwość zwłaszcza, że dane te znajdują się w

dokumentach finansowych Wykonawcy za lata 2017 - 2018 r.

W 2017 r. (brak danych z roku 2019 i 2020) do oczyszczalni trafiło o 19,8% więcej ścieków od ilości odebranych od odbiorców usług PWIK i zafakturowanych, co pokazuje skalę zjawiska. To z kolei przekłada się na wyliczenia przychodu z działalności powierzonej, bowiem przychód z tytułu odbioru wód opadowych lub roztopowych nie powinien być wliczony do przychodu z działalności powierzonej, tylko do przychodu z działalności komercyjnej. Pomimo tego, że jednoznaczne dane liczbowe wskazują na to, że PWIK czerpie przychody ze świadczenia usługi odbioru i odprowadzenia wód opadowych i roztopowych, w żadnym z dostępnych dokumentów finansowych Wykonawcy nie został bezpośrednio ujawniony koszt tej usługi, co potwierdza stawiane przez Odwołującego zarzuty dotyczące nieprzejrzystości i niewiarygodności prezentowanych danych. Odwołujący podnosi, że można go jednak oszacować na podstawie innych informacji z dokumentów finansowych. W Sprawozdaniach finansowych ujawniany jest koszt jednostkowy usług kanalizacyjnych. Jest on podstawą do określenia cen za te usługi, płaconych przez odbiorców. Zatwierdzone ceny trafiają następnie do taryfy i stają się podstawą przychodu

Spółki za świadczenie usług kanalizacyjnych. W sprawozdaniu ujawniono przyjęty sposób wyliczenia tego kosztu jednostkowego, który jest następujący:

Koszt jednostkowy usług kanalizacyjnych dla Miasta Kalisza=

Ilość ścieków odebranych od odbiorców usług kanalizacyjnych Miasta Kalisza/ całkowity koszt usług kanalizacyjnych dla Miasta Kalisza

Ekonomiczna zasada zapłaty za zakupione dobro lub usługę, wskazuje, że odbiorca powinien zapłacić tylko za to, co otrzymał, nabył. W tym wypadku zatem koszt jednostkowy, a więc i cena za świadczone usługi kanalizacyjne powinna obejmować koszty odbioru, odprowadzania i oczyszczania ścieków odebranych od odbiorców bez kosztów odbioru i

odprowadzania wód opadowych lub roztopowych. Tymczasem PWIK ujmuje koszty odbioru i

oczyszczania wód opadowych lub roztopowych w cenie za odbiór i oczyszczanie ścieków od odbiorców i obciąża odbiorców kosztami usługi, której nie zakupili, co jest działaniem nieprawidłowym. Taka sytuacja prowadzi także do zaburzenia prawidłowych danych odnośnie procentowego zakresu przychodów PWIK z działalności powierzonej.

Wyłączenie przychodu z usługi odbioru, odprowadzania i oczyszczania wód opadowych lub roztopowych z przychodów z działalności powierzonej i uwzględnienie go w przychodach z działalności pozostałej, zmienia te wartości w drastyczny sposób. Odwołujący raz jeszcze wskazuje, że do przychodów z działalności powierzonej powinny być zaliczone przychody ze sprzedaży usług wodno- kanalizacyjnych dla Miasta Kalisza pomniejszone o przychód ze sprzedaży usług odprowadzania wody opadowej lub roztopowej oraz opłaty za przekroczenie. Natomiast dotychczasowe przychody z działalności komercyjnej (pozostałej) należy powiększyć o wartość przychodów z usługi odbioru i oczyszczania wód opadowych lub roztopowych.

Prawidłowe określenie tej grupy przychodów PWIK powoduje z kolei obniżenie udziału przychodu z działalności powierzonej, do poziomu 82,92%, w roku 2019, i 83,83%. w 2020 r.

Powyższe oznaczać z kolei będzie, że udział działalności komercyjnej wynosi w roku 2019 - 17,51%, a w 2020 - 17,41%.

Zaklasyfikowanie usługi odbioru wód opadowych lub roztopowych jako działalności komercyjnej, a nie działalności powierzonej powoduje znaczące obniżenie udziału działalności powierzonej, do 84,8%. Powyższe oznacza, że w rzeczywistości, wbrew deklaracjom Zamawiającego, nie jest spełniona przesłanka udzielenia zamówienia publicznego w trybie z wolnej ręki, o której mowa w art. 214 ust. 1 pkt 11 lit. b) PZP zakładająca, że ponad 90% działalności kontrolowanej osoby prawnej dotyczy wykonywania zadań powierzonych jej przez zamawiającego sprawującego kontrolę lub przez inną osobę prawną, nad którą ten zamawiający sprawuje kontrolę.

Powyższe tym bardziej potwierdza zasadność zgłoszonego przez Odwołującego wniosku o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego, który zweryfikuje prawidłowość danych publikowanych przez Zamawiającego i Wykonawcę, w kontekście przesłanki udzielenia zamówienia w trybie „z wolnej ręki", o której mowa w art. 214 ust.

1 pkt 11 lit. b) Pzp.

Co więcej, według danych, którymi dysponuje Odwołujący rzeczywiste ilości ścieków odebranych przez oczyszczalnie ścieków w Kucharach różnią się od tych, wskazanych w

sprawozdaniach finansowych Wykonawcy, co jest kolejnym potwierdzeniem stawianego przez

Odwołującego zarzutu, że publikowane przez Zamawiającego i Wykonawcę dane są

niewiarygodne.

Zamiar udzielenia zamówienia w trybie „z wolnej ręki" w kontekście zasady jakości i efektywności

Zgodnie z art. 17 ust. 1 Pzp: Zamawiający udziela zamówienia w sposób zapewniający:

> 1) najlepszą jakość dostaw, usług, oraz robót budowlanych, uzasadnioną charakterem zamówienia, w ramach środków, które zamawiający może przeznaczyć na jego realizację, oraz
>
> 2) uzyskanie najlepszych efektów zamówienia, w tym efektów społecznych, środowiskowych oraz gospodarczych, o ile którykolwiek z tych efektów jest możliwy do uzyskania w danym zamówieniu, w stosunku do poniesionych nakładów.

Powyższą zasadę, w kontekście planowanego przez Zamawiającego udzielenia zamówienia PWIK w niekonkurencyjnym trybie „z wolnej" ręki, należy łączyć z obligatoryjną w przypadku postępowań powyżej „progów unijnych", analizą potrzeb Zamawiającego, której wymóg przeprowadzenia, cel i zakres określa przepis art. 83 Pzp.

Zgodnie z art. 83 ust. 1, 2 i 3 Pzp:

1. Zamawiający publiczny, przed wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia,

dokonuje analizy potrzeb i wymagań, uwzględniając rodzaj i wartość zamówienia.

2. Analiza, o której mowa w ust. 1, obejmuje w szczególności:

1) badanie możliwości zaspokojenia zidentyfikowanych potrzeb z wykorzystaniem

zasobów własnych;

2) rozeznanie rynku:

a) w aspekcie alternatywnych środków zaspokojenia zidentyfikowanych potrzeb,

b) w aspekcie możliwych wariantów realizacji zamówienia albo wskazuje, że jest wyłącznie jedna możliwość wykonania zamówienia.

3. Analiza, o której mowa w ust. 1, wskazuje:

1) orientacyjną wartość zamówienia dla każdego ze wskazanych wariantów, o których

mowa w ust. 2 pkt 2 lit. b;

2) możliwość podziału zamówienia na części;

3) przewidywany tryb udzielenia zamówienia;

4) możliwość uwzględnienia aspektów społecznych, środowiskowych lub innowacyjnych zamówienia;

5) ryzyka związane z postępowaniem o udzielenie i realizacją zamówienia.

Odwołujący wskazał, że Rada Zamówień Publicznych w uzgodnieniu z Prezesem Urzędu Zamówień Publicznych opublikowała „Wskazówki dla zamawiających publicznych do

opracowania analizy potrzeb i wymagań" https://www.uzp.gov.pl/aktualnosci/wskazowki-dla-): Po

zidentyfikowaniu konkretnej potrzeby zamawiający bada możliwość jej zaspokojenia z wykorzystaniem zasobów własnych, poprzez rozeznanie rynku poszukuje możliwości zastosowania alternatywnych w stosunku do zamówienia środków jej zaspokojenia, a także bada możliwe warianty realizacji zamówienia w celu jej zaspokojenia. Po dokonaniu analizy

zamawiający podejmuje decyzję, jakimi środkami zaspokoi zidentyfikowaną konkretną potrzebę - poprzez udzielenie zamówienia, realizację zasobami własnymi lub alternatywnym środkiem w stosunku do zamówienia. (...) Należy również podkreślić, że pomimo konieczności uwzględnienia w ramach analiz potrzeb i wymagań możliwości zaspokojenia potrzeby przy pomocy zasobów własnych, nie ma podstaw do przyjęcia, że zaspokojenie takich potrzeb zasobami własnymi zamawiającego ma prymat nad udzieleniem zamówienia. Wręcz przeciwnie, wybranie sposobu zaspokojenia potrzeby powinno być jednym z wyników analizy potrzeb i wymagań. Zamawiający, opierając się na zobiektywizowanej ocenie, może bowiem stwierdzić, jaki model - zasobami własnymi, powierzenie wykonawcy czy częściowo przy pomocy zasobów własnych (np. rzeczowych), a częściowo poprzez powierzenie wykonawcy - może najefektywniej zaspokoić potrzebę. (.)

Orientacyjna wartość analizowanego wariantu to wartość oszacowana przez zamawiającego w przybliżeniu, np. na podstawie rozeznania rynku. Dla określenia orientacyjnej wartości zamówienia w każdym z wariantów można posłużyć się danymi pozyskanymi w wyniku:

- analizy ogólnodostępnych informacji, cenników, wydruków ze stron internetowych,
- analizy ofert z poprzednich postępowań (z uwzględnieniem zmian warunków oraz zmian rynkowych),
- kontaktów z innymi zamawiającymi,
- analizy wyników postępowań o udzielenie zamówień publicznych z TED/BZP (z uwzględnieniem różnorodności uwarunkowań),
- analizy ofert orientacyjnych przesłanych w ramach rozeznania rynku.

Jak wskazują przedstawiciele doktryny: Zgodnie z wymogiem komentowanego przepisu rozeznanie rynku winno odbyć się w dwóch wymiarach: w aspekcie alternatywnych środków zaspokojenia zidentyfikowanych potrzeb oraz w aspekcie możliwych wariantów realizacji zamówienia. Może bowiem się okazać, w wyniku przeprowadzonego rozeznania rynku, że przyjęty przez zamawiającego środek zaspokojenia jego potrzeb nie jest jedynym środkiem, a tym samym niekoniecznie właściwym. Rozeznanie rynku przeprowadza się również pod kątem możliwych wariantów realizacji zamówienia, chyba że jest tylko jeden wariant - wówczas należy to wskazać w analizie. (red. Marzena Jaworska, Dorota Grześkowiak-Stojek, Julia Jarnicka, Agnieszka Matusiak Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Legalis 2021).

W ocenie Odwołującego, zgodnie z powyższym, dokonanie takiej analizy będzie rzutowało bezpośrednio na wszystkie kolejne etapy procesu zakupowego. Co więcej, jak wskazuje projekt ustawy Pzp sama analiza ma służyć zwiększeniu efektywności systemu zamówień publicznych. Zwiększenie roli planowania w zamówieniach publicznych, poprzez wprowadzenie obowiązku dokonania analizy przed wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia, wskazano w projekcie jako regulację o kluczowym znaczeniu wychodzącą naprzeciw oczekiwaniom podmiotów publicznych jak i wykonawców (Rządowy projekt ustawy - Prawo zamówień publicznych, VIII kadencja, druk sejm. nr 3624; T. Krzyżanowski, Analiza potrzeb i wymagań, Legalis 2021).

Celem analizy przedwdrożeniowej jest rozpoznanie możliwości zarówno różnego określenia szeroko rozumianego przedmiotu zamówienia, jak i ukształtowania samego procesu

zakupowego poprzez jak najlepsze przygotowanie zamówienia od strony organizacyjnej i gospodarczej (M. Stachowiak [w:] W. Dzierżanowski, Ł. Jaźwiński, J. Jerzykowski, M. Kittel, M. Stachowiak, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2021, art. 83).

Co więcej, zgodnie z art. 84 ust. 1 Pzp, Zamawiający, co prawda nie ma obowiązku przeprowadzenia wstępnych konsultacji rynkowych w celu przygotowania postępowania i poinformowania wykonawców o swoich planach i wymaganiach dotyczących zamówienia, jednakże fakultatywność tego działania nie wyklucza możliwości jego przeprowadzenia (M. Stepaniuk, Nowa ustawa - Prawo zamówień publicznych. Praktyczna analiza zmian. Wyd. 2, Warszawa 2021).

Zamawiający zdaniem Odwołującego powinien był takie wstępne konsultacje rynkowe przeprowadzić w celu orientacji co do wysokości kosztów związanych z realizacją

zamówienia, jak i możliwości technologicznych pojazdów i urządzeń wyposażonych w nowoczesne, ekologiczne rozwiązania technologiczne. Rozeznanie rynku może prowadzić do zidentyfikowania najlepszego wariantu realizacji zamówienia według kryterium efektywności". (...) Analiza potrzeb i wymagań powinna zawierać informacje o możliwości zaspokojenia potrzeby przez np. zakład budżetowy lub spółkę prawa handlowego, jeżeli takie zamawiający publiczny posiada wraz z oszacowaniem kosztów i terminów realizacji konkretnych usług, dostaw lub robót budowlanych przez te jednostki. W ramach rozeznania rynku zamawiający powinien też rozważyć, czy powyższa praktyka jest ekonomicznie

uzasadniona i czy jednak nie jest korzystniejsze powierzenie wykonania określonych zadań osobom trzecim na podstawie umowy (E. Wiktorowska [w:] A. Gawrońska-Baran, A. Wiktorowski, P. Wójcik, E. Wiktorowska, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2021). Zamawiający ma obowiązek określić czym będzie się kierował dokonując tego wyboru, tzn. czy będą to kryteria ekonomiczne, cena lub koszt, termin wykonania, czy inne kryteria.

Tymczasem, w ocenie Odwołującego, dokument Zamawiającego pn. „Analiza potrzeb i wymagań" z dnia 7 października 2021 r. (dalej jako: Analiza) nie spełnia powyższych wymagań, ponieważ stanowi jedynie pozorne (formalne) spełnienie obowiązku wynikającego z art. 83 Pzp, jednak w swej treści nie zawiera obligatoryjnych elementów merytorycznych. Co więcej, analiza tego dokumentu prowadzi do wniosku, że napisany od został niejako pod tezę (udzielenie zamówienia PWIK spowoduje obniżenie kosztów systemu gospodarki systemu), choć za tą tezą nie stoją obiektywne dane liczbowe i fakty. Dowód: Analiza potrzeb i wymagań z dnia 7 października 2021 r.

Z treści Analizy należy wnioskować, że Zamawiający dąży obniżenia kosztów systemu odbioru odpadów komunalnych, przy czym Zamawiający nie przeprowadza już obiektywnej analizy co do tego, jakie czynniki powodują obniżenie bądź podwyższenie kosztów systemu, a przywoływane przez Zamawiającego dane liczbowe (które mają uwiarygodnić tezę, że realizacja przedmiotowego zamówienia przez PWIK obniży koszty systemu ze względu na niższe stawki ofertowane przez Wykonawcę w stosunku do ofert składanych przez wykonawców działających na rynku lokalnym) są nieporównywalne z uwagi na odmienne warunki, w jakich kształtowana była cena przez PWIK i pozostałych wykonawców.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający w pkt 3 Analizy skupia się na analizie prawnych przesłanek wykorzystania zasobów własnych i Zamawiający konkluduje, że ma możliwość zlecenia realizacji zamówienia PWiK w trybie z wolnej ręki. W pkt 4 i 5 Analizy Zamawiający stwierdził z kolei, że: cena netto za odbiór i transport odpadów 1 Mg odpadów przez PWiK Kalisz (tryb zamówienia In-House) wynosi średnio: 890,00 PLN. Ceny netto za odbiór i transport odpadów 1 Mg odpadów składane przez wykonawców zewnętrznych (w trybie konkurencyjnym ustawy Prawo zamówień publicznych) wynoszą średnio 1360,00 PLN). (...) Orientacyjna wartość zamówienia dla tego wariantu wynosi 1.945.917,25 PLN netto (In-House), co oznacza, że orientacyjna wartość zamówienia dla trybu konkurencyjnego (przetarg nieograniczony) może wynieść nawet 2.972.960,00 PLN netto.

W ocenie Odwołującego, Zamawiający nie wyjaśnił, w jaki sposób ustalił powyższe kwoty, czy są oparte o wyliczenia finansowe PWIK, czy przeprowadził jakąkolwiek analizę rynku, czy kwoty są aktualne, a wreszcie czy są porównywalne, tj. czy obie stawki zostały ustalone w porównywalnych warunkach realizacji zamówienia.

Odwołujący przyjmuje, że wzięte zostały pod uwagę następujące wartości:

1) Umowa nr UA/108/WGOŚ/2021 z dnia 16 kwietnia 2021 r. zawarta pomiędzy

Zamawiającym a konsorcjum Odwołującego i Przedsiębiorstwa Usług Komunalnych S.A. w Kaliszu w przedmiocie odbioru i transportu odpadów wielkogabarytowych z lokali wielorodzinnych, gdzie ustalono wynagrodzenie brutto w wysokości 1 468,80 zł za 1 Mg, co daje 1360 zł netto za 1 Mg.

2) Umowa nr UA/10/WGOŚ/2021 z dnia 13 stycznia 2021 r. zawarta pomiędzy Zamawiającym a PWIK w przedmiocie odbioru i transportu odpadów komunalnych wielkogabarytowych odebranych z nieruchomości zabudowanych budynkami wielolokalowymi położonymi na terenie miasta Kalisza, gdzie ustalono cenę za odbiór i transport jednego Mg odpadów dla odpadów wielkogabarytowych na poziomie 890 zł netto.

Dowód:

- Umowa nr UA/108/WGOŚ/2021

- Umowa nr UA/10/WGOŚ/2021

W Analizie wskazywane są ceny, które mają wykazać, że ceny oferowane na rynku komercyjnym są zdecydowanie wyższe niż te, oferowane przez PWIK, gdy tymczasem ceny te były kształtowane przy zupełnie odmiennych warunkach, jakie wykonawcom narzucił Zamawiający, o czym Zamawiający nie wspomina już w sporządzonej przez siebie Analizie. Odwołujący zwraca uwagę na następujące różnice co do warunków obu umów:

Warunki realizacji odbioru odpadów wielkogabarytowych	Umowa z Odwołującym i PUK	Umowa z PWIK
Pojazdy (§3 ust. 1 pkt 3)	Norma emisji spalin min. EURO 5	Norma emisji spalin min. EURO 4
Wymagana polisa OC	1 000 000 zł	200 000 zł
Obowiązek zatrudnienia dwóch osób bezrobotnych	Nałożono (kryteria oceny ofert)	Brak
Czasowe magazynowanie odpadów wielkogabarytowych na bazie magazynowo- transportowej (§ 1 ust. 4)	Nie dopuszcza się w sytuacji, gdy Odwołujący posiada stosowną decyzję - pozwolenie na zbieranie i magazynowanie odpadów oraz jest właścicielem stacji przeładunkowej, która w znacznym stopniu obniża koszty transportu	Dopuszcza się w sytuacji, gdy PWIK nie posiada stosowej decyzji - pozwolenia na zbieranie i magazynowanie odpadów
Obowiązek przekazywania dziennych raportów i ważenia odpadów przy użyciu legalizowanej wagi najazdowej (§ 7 ust. 10-11)	Nałożono	Brak regulacji
Kara umowna za każdy przypadek nieodebrania odpadów w terminie wynikającym z harmonogramu (§ 9 ust. 1 pkt 2)	300 zł	100 zł
Kara umowna za każdy dzień awarii systemu GPS (§ 9 ust. 1 pkt 3)	1000 zł	Brak regulacji
Kara umowna za każdy	1000 zł	500 zł
przypadek nieoznakowania pojazdu (§ 9 ust. 1 pkt 4)		
Kara umowna za każdy przypadek niespełnienia wymogu z (§ 3 ust. 1 pkt 3 - dot. sprzętu i bazy magazynowo- transportowej (§ 9 ust. 1 pkt 4)	1000 zł	500 zł
Zabezpieczenie należytego wykonania umowy (§ 10 ust. 1)	wymagane w kwocie 14 599,87 zł	niewymagane
Podstawa do odstąpienia od umowy - przerwanie wykonywania umowy	na okres 3 dni	na okres 20 dni
Kara za każdy przypadek naruszenia poufności danych osobowych pozyskanych przez Wykonawcę § 9 ust 1 pkt 6	4.000,-	Brak regulacji

Kara za brak spełnienia wymogów , o których mowa w § 12 ust 5 (§ 9 ust. 1 pkt 8)	2.000,-	1.000,-
Kara za niezłożenie dowodów , o których mowa w § 12 ust 6 (§ 9 ust 1 pkt 9)	2.000,-	1.000,-
Dostępność koordynatora	Poniedziałek - sobota od 8-19	Poniedziałek - piątek od 8-19

W ocenie Odwołującego, oczywistym jest przy tym, że każde kolejne ryzyko kontaktowe, które Zamawiający nakłada na wykonawcę znajduje swoje odzwierciedlenie w cenie ofertowej. Analiza wyżej wymienionych umów prowadzi do wniosku, że Zamawiający formułuje preferencyjne zapisy umowne dla spółki, nad którą sprawuje kontrolne i to nie tylko w odniesieniu do ewentualnych zabezpieczeń na wypadek nienależytego wykonania umowy, ale też z uwagi na warunki, w jakich świadczona ma być usługa. Tymczasem każdy kolejny obowiązek, wymóg zatrudnienia dodatkowych osób czy częstszego świadczenia danej usługi musi skutkować zwiększeniem ceny w ofercie.

Odwołujący porównuje też następujące dwie umowy:

1) Umowa nr UA/108/WGOŚ/2021 z dnia 16 kwietnia 2021 r. zawarta pomiędzy

   Zamawiającym a konsorcjum Odwołującego i Przedsiębiorstwa Usług Komunalnych S.A. w Kaliszu w przedmiocie odbioru i transportu odpadów

   wielkogabarytowych z lokali wielorodzinnych, gdzie ustalono wynagrodzenie

   brutto w wysokości 1 468,80 zł za 1 Mg, co daje 1360 zł netto za 1 Mg.

2) Umowa nr UA/315/WGOŚ/2021 z dnia 19 lipca 2021 r. zawarta pomiędzy

   Zamawiającym a PWiK w przedmiocie odbioru i transportu odpadów

   wielkogabarytowych z lokali jednorodzinnych, gdzie ustalono wynagrodzenie

   całkowite brutto w wysokości 347 740,67 zł, a więc przy ilości 369,096 Mg odpadów, co daje 988,20 zł brutto za 1 Mg, a więc 915 zł netto za 1 Mg.

Dowód:

- Umowa nr UA/108/WGOŚ/2021
- Umowa nr UA/315/WGOŚ/2021

Lp.	Warunki realizacji odbioru odpadów wielkogabarytowych	Umowa z Odwołującym i PUK	Umowa z PWIK
1.	Częstotliwość odbioru odpadów	Odpady z nieruchomości wielolokalowych odbierane są co 2 tygodnie, bez dokładnych informacji o lokalizacji odpadów. Konieczność dokładnego objazdu wszystkich punktów zbiórki odpadów na osiedlach o zabudowie wielorodzinnej (ze wspólnot mieszkaniowych odbierane po zgłoszeniu, a spółdzielnie obsługiwane są z podziałem na poszczególne administracje.	Odpady odbierane są po uprzednim zgłoszeniu przez właściciela posesji minimum na 2 dni przed planowanym terminem odbioru wynikającym z harmonogramu. PWiK nie robi „tras objazdowych" lecz odbiera odpady z konkretnych posesji oszczędzając na kosztach robocizny oraz na kosztach transportu
2.	Wymagana polisa OC	1 000 000 zł	200 000 zł
3.	Obowiązek zatrudnienia dwóch osób bezrobotnych	Nałożono (kryteria oceny ofert)	Brak

4.	Czasowe magazynowanie odpadów wielkogabarytowych na bazie magazynowo- transportowej (§ 1 ust. 4)	Nie dopuszcza się	Dopuszcza się
5.	Harmonogram odbioru odpadów (§ 1 ust. 5 pkt 4)	Rocznie	Kwartalnie
6.	Dostępność koordynatora umowy (§ 4 ust. 4)	od 8:00 do 19:00 (pon-sb)	od 8:00 do 17:00 (pon-pt)
7.	Udział podwykonawcy (§ 5 ust. 7-11)	Szczegółowe warunki zawierania umów z podwykonawcami	Brak regulacji
8.	Obowiązek przekazywania dziennych raportów i ważenia odpadów przy użyciu legalizowanej wagi najazdowej (§ 7 ust. 10-11)	Nałożono	Brak regulacji
9.	Kara umowna za każdy przypadek nieodebrania odpadów w terminie wynikającym z harmonogramu (§ 9 ust. 1 pkt 2)	300 zł	100 zł
10.	Kara umowna za każdy dzień awarii systemu GPS (§ 9 ust. 1 pkt 3)	1000 zł	300 zł
11.	Kara umowna za każdy przypadek nieoznakowania pojazdu (§ 9 ust. 1 pkt 4)	1000 zł	500 zł
12.	Kara umowna za każdy przypadek niespełnienia wymogu z (§ 3 ust. 1 pkt 3 - dot. sprzętu i bazy magazynowo- transportowej (§ 9 ust. 1 pkt 4)	1000 zł	500 zł
13.	Zabezpieczenie należytego wykonania umowy (§ 10 ust. 1)	wymagane w kwocie 14 599,87 zł	niewymagane
14.	Podstawa do odstąpienia od umowy - przerwanie wykonywania umowy	na okres 3 dni	na okres 30 dni

Ponadto, Odwołujący wskazał, że w okresie 11 października - 15 grudnia 2021 r. w instalacji ZUOK „Orli Staw", do której obaj wykonawcy przekazują odpady, trwa przerwa technologiczna uniemożliwiająca przyjmowanie m.in. odpadów komunalnych wielkogabarytowych. Wobec powyższego, konieczne stało się wywożenie odpadów do oddalonej o 50 km dalej instalacji. Konsorcjum wykonawców prywatnych realizujących umowę prowadzi nieprzerwanie odbiór i transport odpadów, natomiast PWIK do momentu wniesienia niniejszego odwołania nie odbiera odpadów komunalnych wielkogabarytowych za zgodą Zamawiającego.

Zgodnie z informacjami dostępnymi na stronie internetowej PWIK
(): „Informujemy, że ze względu na
przerwę technologiczną Zakładu Unieszkodliwiania Odpadów Komunalnych „Orli Staw"

odbiór odpadów wielkogabarytowych z nieruchomości zabudowanych budynkami jednorodzinnymi zaplanowany na IV kwartał br. realizowany będzie do 8 października 2021 r. Odbiór odpadów wielkogabarytowych zostanie wznowiony po ponownym uruchomieniu zakładu - po 15 grudnia 2021 r. zgodnie z harmonogramami opublikowanymi na stronie Przedsiębiorstwa Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o.”

Odwołujący na podstawie doświadczenia gospodarczego zakłada, że PWiK nie wykonuje odbioru odpadów ponieważ nie dysponuje odpowiednimi środkami transportu odpadów. Dla porównania Odwołujący i PUK na zestaw kontenerowy zabierają ok. 12Mg odpadów wielkogabarytowych, a PWiK ca od 0,5 do 1,00 Mg odpadów wielkogabarytowych. Co więcej, podmiot odbierający odpady komunalne od właścicieli nieruchomości jest obowiązany posiadać bazę magazynowo- transportową usytuowaną:

1) w gminie, z której terenu odbiera te odpady, lub w odległości nie większej niż 60 km od granicy tej gminy;

2) na terenie, do którego posiada tytuł prawny.

Baza ta powinna jednak spełniać wymogi określone wyżej wymienionym rozporządzeniem. Oznacza to, że wykonawczym w zakresie wyposażenia bazy transportowo-magazynowej należy zapewnić m.in., aby:

1) miejsca przeznaczone do parkowania pojazdów były zabezpieczone przed emisją zanieczyszczeń do gruntu;

2) teren bazy magazynowo - transportowej był wyposażony w urządzenia lub systemy zapewniające zagospodarowanie wód opadowych i ścieków przemysłowych, pochodzących z terenu bazy zgodnie z wymaganiami określonymi przepisami ustawy z dnia 18 lipca 2001 r. - Prawo wodne;

3) baza magazynowo - transportowa była wyposażona w:

a) miejsca przeznaczone do parkowania pojazdów,

b) pomieszczenie socjalne dla pracowników odpowiadające liczbie zatrudnionych osób,

c) miejsca do magazynowania selektywnie zebranych odpadów z grupy odpadów komunalnych,

d) legalizowaną samochodową wagę najazdową - w przypadku gdy na terenie bazy następuje magazynowanie odpadów:

4) na terenie bazy magazynowo - transportowej znajdowały się także:

a) punkt bieżącej konserwacji i napraw pojazdów,

b) miejsce do mycia i dezynfekcji pojazdów

- o ile czynności te nie są wykonywane przez uprawnione podmioty zewnętrzne poza terenem bazy magazynowo - transportowej.

Poza bazą magazynowo- transportową, przedsiębiorca musi także posiadać niezbędne wyposażenie umożliwiające odbieranie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości oraz jego odpowiedniego stanu technicznego należy zapewnić, aby:

1) w posiadaniu podmiotu odbierającego odpady komunalne od właścicieli nieruchomości znajdowały się 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 kompaktującej;

2) pojazdy były trwale i czytelnie oznakowane, w widocznym miejscu, nazwą firmy oraz danymi adresowymi i numerem telefonu podmiotu odbierającego odpady komunalne od właścicieli nieruchomości;

3) na terenie bazy magazynowo- transportowej znajdowały się urządzenia do

selektywnego gromadzenia odpadów komunalnych przed ich transportem do miejsc przetwarzania.

W związku z tym, że przedsiębiorca odbierający odpady komunalne na etapie ubiegania się o wpis do rejestru składa właściwemu organowi (tu: Prezydentowi Miasta Kalisza) jedynie oświadczenie, że owe warunki spełnia i na tej podstawie uzyskuje wpis do rejestru. W ocenie Odwołującego, oświadczenie złożone przez PWIK w celu uzyskania wpisu nie oddaje jego rzeczywistej zdolności do świadczenia usług w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości.

Mając powyższe na uwadze, tym bardziej zastanawiający jest zamiar Zamawiającego powierzenia w trybie bezprzetargowym realizacji przedmiotowego zamówienia właśnie Wykonawcy, którego zdolności do realizacji zamówienia budzą wątpliwości, a na rynku funkcjonują przedsiębiorcy (także inni niż Odwołujący), którzy warunki te bezsprzecznie spełniają.

Odwołujący wskazał, że PWIK nie ma też wymaganego pozwolenia wodnoprawnego na wprowadzanie do urządzeń kanalizacyjnych będących własnością innych podmiotów ścieków przemysłowych zawierających substancje szczególnie szkodliwe dla środowiska. Powyższe przeczy deklaracjom Zamawiającego zawartym w analizie co do dobrej jakości i systematyczności wykonywania usługi przez PWIK, skoro usługa ta faktycznie nie jest realizowana. Co więcej, sam fakt, braku naliczenia kar umownych nie jest tutaj żadnym wyznacznikiem jakości świadczonych usług, skoro o naliczeniu bądź braku podstaw

naliczenia kar umownych decyduje Zamawiający.

W ocenie Odwołującego powyższe różnice przesądzają, że nie można w prosty sposób porównać dwóch kwot w umowach o zupełnie odmiennych warunkach. Jeśli Zamawiający rzeczywiście dąży do realizacji zadania w sposób oszczędny i rzetelny, powinien zorganizować przetarg, w którym ofertę złoży też PWIK, a jeśli jego oferta będzie najkorzystniejsza, zostanie wybrana. Tylko taka ocena stanowi równe traktowanie wykonawców, tj. ocena ich ofert złożonych w równych warunkach. Odwołujący wskazał przy tym, że jego wcześniejsze doświadczenia wskazują na to, że PWIK konkurując z wykonawcami na rynku wcale nie oferuje niższych cen niż te, oferowane przez wykonawców z rynku konkurencyjnego. Wręcz przeciwnie, jego oferty są cenowo mniej korzystne niż oferty innych wykonawców, przy czym inni wykonawcy oferują świadczenie tej samej usługi nie tylko za mniejszą cenę, ale także w np. nowszymi, bardziej ekologicznymi pojazdami, co stanowi wartość dodaną ich oferty.

Na marginesie Odwołujący wskazał, że zastanawiającym jest unikanie podania w Analizie, ani w jakimkolwiek innym dokumencie tego zamówienia okresu, na jaki ma być zawarta umowa z PWIK, co również rodzi wątpliwości, choćby w odniesieniu do wiarygodności danych co do szacowanych kosztów świadczenia usługi przez PWIK oraz przez wykonawcę wyłonionego w jednym z konkurencyjnych trybów udzielenia zamówienia. Nie jest bowiem pewne, jaką cenę PWIK za odbiór 1Mg odpadów Zamawiający zakłada. Udzielenie zamówienia PWIK w trybie „z wolnej ręki" ani nie powoduje obniżenia kosztów systemu odbioru odpadów komunalnych na wyższym poziomie niż ten, który można byłoby osiągnąć, gdyby postępowanie o udzielenie przedmiotowego zamówienia toczyło się w jednym z konkurencyjnych trybów udzielenia publicznego ani nie pozwala na osiągnięcie najlepszej jakości tej usługi. Skorzystanie przez Zamawiającego z możliwości udzielenia zamówienia w tym trybie nie znajduje uzasadnienia ani na gruncie przepisów PZP ani ustawy o finansach

publicznych.

Zdaniem Odwołującego, mając powyższe na uwadze za zasadny należy uznać zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 214 ust. 1 pkt 11 Pzp w zw. z art. 17 ust. 1 Pzp w zw. z art. 83 Pzp poprzez zamiar udzielenia zamówienia publicznego spółce Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o. w sytuacji, gdy udzielenie przedmiotowego zamówienia temu podmiotowi w niekonkurencyjnym trybie „z wolnej ręki" nie zapewnia najlepszej jakości usługi uzasadnionej charakterem zamówienia w ramach środków, które zamawiający może przeznaczyć na jego realizację i nie zapewnia uzyskania najlepszych efektów zamówienia, w tym efektów społecznych, środowiskowych i gospodarczych, w szczególności nie powoduje obniżenia kosztów systemu odbioru odpadów komunalnych na wyższym poziomie niż ten,

który można byłoby osiągnąć, gdyby postępowanie o udzielenie przedmiotowego zamówienia toczyło się w jednym z konkurencyjnych trybów udzielenia publicznego.

Ochrona konkurencji i równe traktowanie wykonawców

Odwołujący wskazał, że godnie z. art. 16 pkt 1 Pzp: Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.

Ogólnej zasady, nakładającej na zamawiających obowiązek przestrzegania zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, w żaden sposób nie wyłącza ani nie modyfikuje przepis art. 214 ust. 1 pkt 11 Pzp, odnoszący się do zamówień in-house.

Zgodnie z art. 129 Pzp:

1. Zamawiający publiczni oraz zamawiający subsydiowani, udzielają zamówienia w jednym z następujących trybów:

1) przetargu nieograniczonego;

2) przetargu ograniczonego;

3) negocjacji z ogłoszeniem;

4) dialogu konkurencyjnego;

5) partnerstwa innowacyjnego;

6) negocjacji bez ogłoszenia;

7) zamówienia z wolnej ręki.

2. Zamawiający może udzielić zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego i przetargu ograniczonego, a w pozostałych trybach zamawiający może udzielić zamówienia w przypadkach określonych w ustawie.

Odwołujący wskazał, że nie wyklucza przy tym a priori, że zastosowanie niekonkurencyjnych trybów udzielenia zamówienia publicznego, w tym także udzielanie zamówień typu in-house, jest niemożliwe. Na taką możliwość wskazują wprost zarówno przepisy krajowej ustawy Pzp,

jak i Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE (dalej jako „dyrektywa 2014/14/WE"). Jednak zastosowanie niekonkurencyjnych trybów udzielania zamówienia publicznego powinno mieć charakter wyjątkowy, znajdować oparcie w przepisach i nie może odbywać się kosztem uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Zdaniem Odwołującego, samo formalne spełnienie przesłanek wynikających z art. 214 ust. 1 pkt 11 Pzp (które w tym Postępowaniu nie są nawet spełnione) nie jest wystarczające dla potwierdzenia możliwości udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki. W naukach metodologicznych i naukach zajmujących się logiką wyraźnie rozróżnia się bowiem tzw. warunki konieczne od warunków wystarczających. Przepis art. 214 ust. 1 pkt 11 i przesłanki w nim zawarte stanowią właśnie warunki konieczne udzielenia zamówienia in-house. Oznacza to, że przepis ten zawiera minimalny katalog okoliczności, które muszą zostać spełnione i wykazane przez zamawiającego, aby w ogóle możliwe było rozważanie udzielenia zamówienia publicznego w tym trybie. Ale nie są to warunki wystarczające dla udzielenia zamówienia w tym sensie, że samo ich spełnienie to zbyt mało, zwłaszcza w kontekście wprowadzonego przez ustawodawcę obowiązku sporządzania Analizy potrzeb Zamawiającego (art. 83 Pzp) i zasady efektywności (art. 17 Pzp). Zastosowanie takiej procedury wymaga bowiem szerszego spojrzenia na całokształt okoliczności faktycznych - w tym kontekście dotychczasowe orzecznictwo Izby w tym zakresie straciło na aktualności i od nowa trzeba zbadać, jaki wpływ na realizację zasady konkurencyjności w postępowaniach ma wprowadzenie zasady efektywności oraz obowiązku dokonywania analizy potrzeb. Dopiero na gruncie nowej ustawy widać, że zasada konkurencji ma wyraźne przełożenie na

czynności Zamawiającego w każdym postępowaniu, w tym w trybie z wolnej ręki.

Ponadto Odwołujący wskazał, że poza obowiązkiem stosowania przepisu art. 83 Pzp i art. 17 Pzp zamawiający jest zobowiązany, podejmując decyzję o udzieleniu zamówienia in-house, do stosowania między innymi przepisu art. 16 pkt 1 Pzp, ale w konsekwencji podlega także przepisom ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Zamiar udzielenia przez Zamawiającego przedmiotowego zamówienia PWIK musi być więc oceniany także pod kątem skutków tej decyzji na innych uczestników rynku (w tym zakresie Odwołujący odwołuje się również do wywodu wskazanego we wcześniejszym punkcie niniejszego odwołania). Wadliwość czynności Zamawiającego w tym zakresie została wykazana powyżej. Takich rozważań Zamawiający nie przeprowadził, co świadczy o naruszeniu pozycji dominującej w

Postępowaniu. Jak wskazuje doktryna: Naruszenie zasady uczciwej konkurencji może dotyczyć różnych segmentów postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i wynikać z działania zamawiającego (np. opis przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, opis kryteriów, którymi zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty 51), jak również wykonawcy (np. złożenie oferty zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, złożenie oferty stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji). Na zamawiającym ciąży obowiązek przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, a więc taki, który nie będzie eliminować z udziału w postępowaniu określonej grupy wykonawców bądź nie będzie stwarzać określonej grupie wykonawców uprzywilejowanej pozycji. Czynem nieuczciwej konkurencji jest także działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża interesowi innego przedsiębiorcy bądź klienta lub go narusza (art. 3 ust. 1 u.z.n.k.). Czyny nieuczciwej konkurencji zostały określone w art. 5-17d u.z.n.k. Zasad uczciwej konkurencji powinni przestrzegać także wykonawcy, dlatego zamawiający w postępowaniu powinien uwzględnić również przepisy art. 6 u.o.k.k. (zakaz porozumień, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym) i art. 9 u.o.k.k. (zakaz nadużywania pozycji dominującej) (zob. J. Nowicki, M. Kołecki Mikołaj, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, wyd. IV, Opublikowano: WKP 2019).

Odwołujący stoi na stanowisku, że zarówno z przepisów krajowych, jak i unijnych wynika jednoznaczny obowiązek przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców, a także biorąc pod uwagę wyniki zrealizowanej rzetelnie analizy potrzeb - w kontekście zasady efektywności. Tego obowiązku w tym Postępowaniu Zamawiający nie wypełnił. Ustawodawca nie nałożył tych obowiązków po to, by zostały spełnione jedynie pozornie. Zamawiający ma obowiązek efektywnego stosowania przepisu art. 83 Pzp, tj. nie tylko ma analizę potrzeb przeprowadzić, ale w sposób, który rzeczywiście pozwala na ocenę wariantu najkorzystniejszego z punktu widzenia mieszkańca. W konsekwencji należy przyjąć, że wynikiem swojej analizy jest Zamawiający związany, w innym bowiem wypadku przepisy te zostałyby pozbawione sensu.

Istotą art. 16 pkt 1 Pzp jest konieczność identycznego traktowania wszystkich wykonawców, których sytuacja jest taka sama lub bardzo podobna i podejmowanie wszelkich działań mających na celu zapewnienie jak najszerszej konkurencji na rynku. Zamawiający nie jest uprawniony do udzielenia zamówień publicznych w sposób, który nastawiony jest na sztuczne, nieznajdujące logicznego uzasadnienia, zawężenie konkurencji w postępowaniu lub też obejście przepisów Pzp lub innych powszechnie obowiązujących przepisów prawa, w tym także tych, dotyczących ochrony konkurencji.

Tymczasem, jak Odwołujący wykazał, we wcześniejszym punkcie niniejszego odwołania, Zamawiający byłby w stanie uzyskać lepszą jakość i lepsze efekty świadczenia przedmiotowej usługi, gdyby przeprowadził konkurencyjny sposób wyboru wykonawcy tej usługi. Jeżeli zaniechuje takiego działania, to nie tylko narusza zasadę efektywności wyrażoną w art. 17 Pzp, ale godzi w zasady runku i w sposób nieuprawniony preferuje konkretnego wykonawcę ponad innymi, co narusza też art. 16 Pzp i stanowi wyraz nadużycia pozycji dominującej przez Zamawiającego.

Zgodnie z art. 6 ust. 1 pkt 6 uokik zakazane są porozumienia, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku

właściwym, polegające w szczególności na ograniczaniu dostępu do rynku lub eliminowaniu z rynku przedsiębiorców nieobjętych porozumieniem.

Następnie, przepis art. 9 ust. 1 uokik stanowi, że: zakazane jest nadużywanie pozycji dominującej na rynku właściwym przez jednego lub kilku przedsiębiorców. W myśl art. 9 ust. 2 pkt 5 uokik nadużywanie pozycji dominującej polega w szczególności na przeciwdziałaniu ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji.

Zamawiający jest przy tym przedsiębiorcą w rozumieniu art. 4 pkt 1 lit. a uokik, zgodnie z którym pod pojęciem przedsiębiorcy należy rozumieć przedsiębiorcę w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 6 marca 2018 r. - Prawo przedsiębiorców, a także osobę fizyczną, osobę prawną, a także jednostkę organizacyjną niemającą osobowości prawnej, której ustawa przyznaje zdolność prawną, organizującą lub świadczącą usługi o charakterze użyteczności publicznej, które nie są działalnością gospodarczą w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 6 marca 2018 r. - Prawo przedsiębiorców.

Zgodnie z art. 7 ust. 1 pkt 3 ustawy z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym zaspokajanie zbiorowych potrzeb wspólnoty należy do zadań własnych gminy, a zadania własne obejmują między innymi sprawy wodociągów i zaopatrzenia w wodę, kanalizacji, usuwania i oczyszczania ścieków komunalnych, utrzymania czystości i porządku oraz urządzeń sanitarnych, wysypisk i unieszkodliwiania odpadów komunalnych, zaopatrzenia w energię elektryczną i cieplną oraz gaz.

W ocenie Odwołującego, zadania związane z utrzymaniem czystości i porządku mieszczą się przy tym bez wątpienia w kategorii usług o charakterze użyteczności publicznej, za których organizację odpowiada gmina (czyli także Zamawiający). Organizacja świadczeń użyteczności publicznej rozumiana powinna być jako wszelkiego rodzaju aktywność polegająca na stworzeniu możliwości i ram świadczenia takich usług, w tym również przez innych przedsiębiorców.

W ocenie Odwołującego, powyższe znajduje zresztą potwierdzenie w uchwale Sądu Najwyższego z dnia 24 lipca 2013 r., gdzie wskazano, że: „W świetle całokształtu regulacji prawnych dotyczących gminy i poczynionych uwag należy dojść do wniosku, że w celu

realizacji zadań własnych gmina w zasadzie prowadzi działalność gospodarczą i jej przedmiot decyduje o gospodarczym charakterze podejmowanej działalności (por. uzasadnienie postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 22 sierpnia 2001 r., V CKN 756/00, "Izba Cywilna" 2002, nr 1, s. 64).” (zob. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 24 lipca 2013 r., sygn. akt: III CZP 43/13, OSNC 2014/3/25).

Powyższe reguły (przepisy uokik) zakazują przedsiębiorcy posiadającego pozycję dominującą takich zachowań, które utrudniają lub uniemożliwiają innym przedsiębiorcom działalności na określonym rynku właściwym, poprzez niemożność wejścia na ten rynek lub dalszego rozwoju. Zamawiający ma przy tym pozycję dominującą na rynku właściwym, który należy określić jako rynek organizowania usług odbierania odpadów komunalnych z terenu Miasta Kalisz. Zgodnie z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach: utrzymanie czystości i porządku w gminach należy do obowiązkowych zadań własnych gminy. Jak z kolei wskazuje się w ust. 2 pkt 1 wyżej wymienionego przepisu, gminy zapewniają czystość i porządek na swoim terenie i tworzą warunki niezbędne do ich utrzymania, w szczególności tworzą warunki do wykonywania prac związanych z utrzymaniem czystości i porządku na terenie gminy lub zapewniają wykonywanie tych prac przez tworzenie odpowiednich jednostek organizacyjnych.

Decyzja Zamawiającego o udzieleniu PWIK przedmiotowego zamówienia w trybie z wolnej ręki bezsprzecznie oddziałuje na rynek odbierania odpadów komunalnych, bowiem Zamawiający ogranicza krąg podmiotów, które mogą ubiegać się o zamówienie do jednego przedsiębiorcy, niezależnie od tego, na jakich zasadach świadczenie tej samej usługi oferują lub mogliby zaoferować inni przedsiębiorcy, czego najlepszym potwierdzeniem jest wadliwie przeprowadzana Analiza potrzeb Zamawiającego, która jest dokumentem ogólnikowym, nierzetelnym, napisanym stricte pod z góry przyjętą tezę. Zachowanie Zamawiającego stanowi jednoznaczny przykład przeciwdziałania ukształtowaniu warunków niezbędnych do

rozwoju konkurencji poprzez całkowite wyłączenie konkurencji w Postępowaniu.

Zdaniem Odwołującego, Zamawiający, jako gospodarz Postępowania, obowiązany jest do korzystania ze swoich uprawnień w sposób niedyskryminujący. W ocenie Odwołującego, Zamawiający nadużył swojej dominującej pozycji w Postępowaniu nie tylko poprzez wszczęcie Postępowania pomimo wcześniejszego wszczęcia innego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, ale także poprzez uniemożliwienie innym wykonawcom konkurencyjną i równą walkę o udzielenie zamówienia. Zasada zawarta w art. 16 pkt 1 Pzp zobowiązuje zamawiających do identycznego traktowania wszystkich tych wykonawców, których sytuacja jest taka sama lub bardzo podobna. Zasada ta musi być przy tym czytana łącznie z wyrażoną w art. 17 Pzp zasadą efektywności i łączona z analizą potrzeb zamawiającego. Jak już to zostało wskazane na wstępie, Odwołujący ma wszelkie niezbędne kompetencje do świadczenia usługi na rzecz Zamawiającego w przeciwieństwie do PWIK. Gdyby Zamawiający zastosował jeden z konkurencyjnych trybów udzielenia zamówienia publicznego (przede wszystkim przetarg ograniczony lub nieograniczony), nie nadużyłby swojej dominującej pozycji, choćby efektem udzielenia zamówienia była niemożność świadczenia tej samej usługi przez innych przedsiębiorców. Ważne jest jednak umożliwienie wykonawcom ubiegania się o udzielenie zamówienie w konkurencyjnych warunkach, a nie pozbawienie ich, w drodze arbitralnej i niezrozumiałej decyzji, takiej możliwości jeszcze zanim złożą swoje oferty.

W ocenie Odwołującego, mając na uwadze powyższe, należy uznać, że Zamawiający, jako podmiot posiadający pozycję dominującą na rynku, odpowiedzialny za organizację usługi odbioru odpadów komunalnych z Miasta Kalisza, nadużył swojej pozycji, podejmując nieuzasadnioną decyzję o zamiarze udzielenia PWIK zamówienia w trybie zamówienia z wolnej ręki, uniemożliwiając ubieganie się o udzielenie zamówienia innym wykonawcom, którzy posiadają niezbędne doświadczenie, sprzęt i warunki dla świadczenia takiej usługi na rzecz Zamawiającego.

Za zasadny należy więc uznać zarzut naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 214

ust. 1 pkt 11 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp w zw. z art. 17 Pzp w zw. z art. 83 Pzp zw. z art. 9 ust. 1 i ust. 2 pkt 5 uokik w zw. z art. 6 ust. 1 pkt 6 uokik.

Izba ustaliła co następuje:

Izba ustaliła, że w dniu 8 października 2021 r. Zamawiający opublikował Ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy pn.: "Odbiór i transport odpadów komunalnych wielkogabarytowych odebranych z nieruchomości zamieszkałych zabudowanych budynkami jednorodzinnymi I wielolokalowymi położonymi na terenie miasta Kalisza" (dalej „Ogłoszenie"). W uzasadnieniu faktycznym Zamawiający wskazał: Planowane jest udzielenie zamówienia Przedsiębiorstwu Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o., w Kaliszu w trybie zamówienia z wolnej ręki w oparciu o art. 213 ust. 1 w zw. z art. 214 ust. 1 pkt 11 ustawy Prawo zamówień publicznych - Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 z późn. zm.— z uwagi na łączne spełnienie poniższych przesłanek: Z uwagi na brak możliwości technicznych ciąg dalszy na stronie: w zakładce: "Ogłoszenia" pod-zakładce: Zamówienia publiczne - zapytanie ocenę, zamówienie z wolnej ręki itp." gdzie zamieszczono szczegółową metodologię wyliczeń uzasadniającą spełnianie warunku, o którym mowa w art. 214 ust. 1 pkt 11 lit. b ustawy Prawo zamówień publicznych Dokumenty, na podstawie których dokonano stosownych wyliczeń są jawne i ogólnodostępne w przeglądarce dokumentów finansowych na stronie: https:Aekrs.ms.gov.pl. Zamawiający wskazał ponadto, że: „Zamówienie zostanie udzielone Przedsiębiorstwu Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o. (dalej „PWiK'". „Wykonawca" lub „Spółka"), ul. Nowy Świat 2A, 62-800 Kalisz w trybie zamówienia z wolnej ręki w oparciu o art. 213 ust. 1 w zw. z art. 214 ust. 1 pkt 11 ustawy Prawo zamówień publicznych- Dz. U. z 202 lr. poz. 1 129 z późn. zm. — (dalej „ustawy" lub „ustawy PZP") z uwagi na łączne spełnienie poniższych przestanek:

a) Miasto Kalisz jako zamawiający„ o którym mowa w art. 4 pkt 1 ustawy Pzp, sprawuje nad PWiK 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 Spółce i 100% głosów na Walnym Zgromadzeniu Wspólników, a jego prawo do glosowania nie jest w jakikolwiek sposób ograniczone. Poprzez posiadane udziały i głosy na Zgromadzeniu Wspólników sprawuje pełną kontrolę nad Spółką i ma wpływ na jej cele strategiczne oraz istotne decyzje dotyczące zarządzania sprawami Spółki. Miasto Kalisz sprawuje nad Spółką analogiczną kontrolę do sprawowanej nad własnymi służbami. W umowie spółki w żaden sposób nie ograniczono możliwości nieograniczonego sprawowania kontroli nad Spółką przez Miasto Kalisz.

b) ponad 90% działalności kontrolowanej osoby prawnej dotyczy wykonywania zadań powierzonych jej przez Zamawiającego sprawującego kontrolę, o której mowa w lit. a tj. w latach 2018-2020 95,40% działalności PWiK dotyczyło działalności powierzonej przez Miasto Kalisz. Procent ten wyliczono według średniego przychodu osiągniętego przez PWiK za 3 lata poprzedzające udzielenie zamówienia (2018-2020) z podstawowej działalności objętej taryfą za zbiorowe zaopatrzenie w wodę i zbiorowe odprowadzanie ścieków, gdzie średni przychód Wykonawcy w tych latach wyniósł 49.419,30 tys. PLN / rok, a średni przychód z. działalności powierzonej przez Miasto Kalisz wyniósł 47.152.93 tys. PLN / rok. W poszczególnych latach średnie przychody kształtowały się następująco (dokumenty źródłowe są jawne i ogólnodostępne w przeglądarce dokumentów finansowych na stronie: po wpisaniu numeru KRS Wykonawcy - 0000010157):

	2018	2019	2020
Średni przychód Wykonawcy w PLN	49.275,70 tys.	50,1 18,30 tys.	48.864,00 tys.
Średni przychód z działalności powierzonej przez Miasto Kalisz w PLN	47.154.00 tys.	47.721,20 tys.	46.583460 tys.

Sprawozdania finansowe Spółki podlegają corocznym badaniom przez niezależnych biegłych rewidentów kończących się wystawieniem opinii. Spółka uzyskuje opinie pozytywne potwierdzające prawidłowość sporządzonych sprawozdań finansowych oraz ich zgodność z prawidłowo prowadzonymi księgami rachunkowymi.

c) w kontrolowanej osobie prawnej nie ma bezpośredniego udziału kapitału prywatnego; Zgodnie z postanowieniami 9 Umowy Spółki PWiK wszystkie udziały Wykonawcy należą do Miasta Kalisz, co zostało również uwidocznione w aktualnym wpisie w Dziale I w Krajowym Rejestrze Sądowym, gdzie Wykonawca widnieje pod numerem 0000010157.

d) kontrolowana osoba prawna posiada wpis do BDO nadany przez Marszałka Województwa Wielkopolskiego i rejestru działalności regulowanej prowadzonego przez Prezydenta Miasta Kalisza. Posiada bazę magazynowo — transportową w Kaliszu i zapewnia pojazdy przystosowane do transportu odpadów komunalnych.

e) dotychczasowe zadania z zakresu odbioru odpadów komunalnych kontrolowana osoba prawna realizuje od stycznia 2021 r. zgodnie z zapisem umów Zamawiający potwierdza, że PWiK należycie (bez uwag, bez naliczania kar umownych)

Lp.	Numer umowy	Przedmiot umów	Data podpisania umowy	Czas realizacji zamówienia	Kwota Umowy PLN brutto
	UA/ I O/WGOŚ/2021	Odbiór i transport odpadów komunalnych wielkogabarytowych odebranych z nieruchomości zabudowanych budynkami wielolokalowymi położonymi na terenie miasta Kalisza	13.01 202 lr.	od dniu zawarcia umowy do 15.04.2021.	140.215,20

	UA/74/WGOŚ/2021	Transport kontenerów z Punktu Selektywnego Zbierania Odpadów Komunalnych (PSZOK) położonego w Kaliszu przy ul. Piwonickiej 6 do Zakładu Unieszkodliwiania Odpadów Komunalnych "Orli Staw" Orli Staw 2. 62-834 Ceków	Ol ()3.202 lr.	od dnia zawarcia umowy do 30.04.2021 r	4.318.00
3	IJA/8/BCK/2021	Ustawienie pojemników na odpady Oli1Z odbiór i transport odpadów komunalnych z Cmentarza Komunalnego przy ul. Poznańskiej 183-185 i Cmentarza Wojskowego przy ul. Żołnierskiej 24 w Kalisz	09.02.2021 r.	1,03.2021 - 31.12.2021r	179.267.69
4	UA/3 15/WGOŚ/2021	Odbiór i transport odpadów komunalnych wielkogabarytowych odebranych z nieruchomości zabudowanych budynkami jednorodzinnymi położonymi na terenie miasta Kalisza	19.07.202 lr.	od dnia zawarcia umowy do 31.12,2021 r.	364.740.67

Mając na uwadze powyższe nie ma żadnej realnej groźby nienależytego wykonywania zadań przez PWiK. Wykonawca gwarantuje: ciągłość, dobrą jakość i systematyczność wykonywania usług. Zamawiający na bieżąco nadzoruje realizację ww. umów.

f) Zamawiający dokonał wstępnej oceny zdolności PWiK do wykonania zamówienia i wypadła ona pozytywnie. Zamawiający posiadając pełną kontrolę nad PWiK doskonale zna sytuację finansową, kadrową i techniczną Wykonawcy i stwierdza, że Wykonawca jest w stanie należycie realizować zamówienie. Należy zauważyć, że Spółka posiada doświadczenie tożsame z przedmiotem zamówienia:

• posiada bazę magazynowo - transportową w Kaliszu przy ul. Piwonickiej 6, która pod względem wyposażenia i usytuowania spełnia wymagania Rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 1 1.01.2013 r. w sprawie szczegółowych wymagań zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości,

• Spółka posiada do celów realizacji zamówienia odpowiednie środki transportu (2 samochody ciężarowe hakowce — FUSO i MAN spełniające wymogi normy EURO VI i IVECO skrzyniowy spełniający wymogi normy EURO V), które utrzymywane są we właściwym stanie sanitarnym zgodnie z

Rozporządzeniem Ministra Środowiska z dnia 1 1.01.2013 r. w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości (pojazdy posiadają aktualne badania techniczne, wyposażone są w system monitoringu umożliwiający trwałe zapisywanie i odczytywanie danych o położeniu pojazdu i miejscach postoju),

• Spółka posiada stosowne ubezpieczenie w zakresie prowadzonej działalności związanej z odbiorem odpadów,

• Spółka posiada odpowiednio przeszkoloną i doświadczoną kadrę pracowników, przygotowaną do odbioru odpadów komunalnych, w tym

wielkogabarytowych.

g) Zgodnie z obecną linią orzeczniczą: wykreowany ustawami samorządowymi oraz ustawą o gospodarce komunalnej system tworzy gwarancję organizatorskiej swobody

w sferze gospodarki komunalnej, która wyraża się tym. że w ramach ogólnej normy kompetencyjnej jednostki samorządu terytorialnego dysponują samodzielnością upoważniającą do działania nakierunkowanego na osiągnięcie określonego celu (Wyrok Sądu Okręgowego w Toruniu z 17.07.2017 r., sygn.. akt. V Ga 95/ 17). Gmina ma swobodę w podjęciu decyzji czy będzie wykonywać swoje zadania w zakresie interesu publicznego z wykorzystaniem własnych zasobów, czy we współpracy z innymi organami lub czy powierza je wykonawcom pod warunkiem przy założeniu, że cele publiczne będą realizowane w sposób odpowiedni.

Izba ustaliła, że Zamawiający na potrzeby wykazania spełnienia przesłanek zastosowania trybu z art. 214 ust. 1 pkt 11 ustawy Pzp przygotował dokument pn.: Metodologia Wyliczeń i Obliczenia (dalej „Metodologia"). W dokumencie tym Zamawiający wskazał: „Zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki jeśli zachodzi co najmniej jedna z następujących okoliczności, w tym określonych w art. 214 ust. 1 pkt 11 Prawo Zamówień Publicznych: "zamówienie udzielane jest przez zamawiającego, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1—3a, osobie prawnej, jeżeli spełnione są łącznie następujące warunki:

a) zamawiający 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 z art. 214 ust. 14 pkt 5 Prawo Zamówień Publicznych: 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. Zgodnie z tym przedłożono stosowane dane. Zestawienia dokonano dla lat: 2018, 2019 i 2020.

TABELA 1

Przychody / w tys. zł/ z wykonywania zadań powierzonych przez Zamawiającego

Lp.	Przychody ze sprzedaży z działalności powierzonej przez Zamawiającego	rok			lata 2018-2020	
		2018	2019	2020	suma	średnia
1		2	3	4	5	6
1.	Sprzedaż wody dla miasta Kalisza	15 175,00	15 949,40	15 542,50	46 666,90	15 555,63
2	Sprzedaż usług kanalizacyjnych dla miasta Kalisza	30 032,50	30 210,40	29 685,80	89 928,70	29 976,23
3,	Opłaty za przekroczenie warunków wprowadzania ścieków do kanalizacji	1 336,70	888,00	679,90	2 904,60	968,20
4.	Sprzedaż usług eksploatacji kanalizacji deszczowej	609,80	670,70	670,70	1 951,20	650,40
5.	Opłaty za utrzymanie fontanny Skwer Sybiraków	0,00	2,70	4,70	7,40	2,47
Razem		47 154,00	47 721,20	46 583,70	141 458,80	47 152,93

Wyjaśnienia wymaga kwestia opłat za przekroczenie warunków wprowadzenia ścieków do

kanalizacji.

Świadczone przez przedsiębiorstwo usługi w zakresie zbiorowego odprowadzania ścieków mają charakter usług złożonych. Łączą w sobie usługę sensu stricte, czyli usługę odbioru ścieków, za którą płatność odbywa się zgodnie z zatwierdzoną przez Wody Polskie taryfą oraz przyporządkowaną do nich usługą odbioru ścieków o przekroczonych parametrach określonych w umowie wiążącej strony, a wynikających z uregulowań prawnych.

Opłata dodatkowa określana jest w taryfie zatwierdzanej przez Wody Polskie i reguluje jedynie wysokość wynagrodzenia za przyjęcie przez przedsiębiorstwo ścieków przekraczających te ustalone normy. Na podstawie zawartej umowy przedsiębiorstwo zobowiązane jest do przyjęcia od dostawcy ścieków podwyższonego ładunku, przy czym jeżeli ścieki przekraczają dopuszczalne stężenie to przyjmuje je za dodatkową opłatą. Wysokość opłaty dodatkowej jest tak kalkulowana przez przedsiębiorstwo, aby zrekompensować dodatkowe koszty, które ponosi w celu zapewnienia prawidłowej gospodarki ściekowej miasta.

W związku z powyższym opłaty za przekroczenie zostały zakwalifikowane, tak jak inne opłaty naliczane na podstawie taryfy, do przychodów z wykonywania zadań powierzonych przez zamawiającego.

Źródło danych dla TABELI 1 rok 2018:

Kolumna 1 wiersz 1 Sprawozdanie Zarządu z działalności Spółki za 2018r. str.15 pkt 4 pod nazwą „Sprzedaż w ujęciu wartościowym" Tabela pod nazwą „Struktura sprzedaży w porównaniu do roku 2017 i do planu roku 2018 „ Tiret 3 kolumna 4"

Kolumna 2 wiersz 2 Sprawozdanie Zarządu z działalności Spółki za 2018r. str.15 pkt 4 pod nazwą „Sprzedaż w ujęciu wartościowym" Tabela pod nazwą „Struktura sprzedaży w porównaniu do roku 2017 i do planu roku 2018 „Tiret 4 kolumna 4"

Kolumna 2 wiersz 3 Sprawozdanie Zarządu z działalności Spółki za 2018r. str.16. Tabela pod nazwą „ Wyszczególnienie przychodów ze sprzedaży usług komercyjnych „Tiret 7" kolumna 3

Kolumna 2 wiersz 4 Sprawozdanie Zarządu z działalności Spółki za 2018r. str.15.pkt 4 pod nazwą „Sprzedaż w ujęciu wartościowym" Tabela pod nazwą „Struktura sprzedaży w porównaniu do roku 2017 i do planu roku 2018 „ Tiret 8 kolumna 4

Źródło danych dla TABELI 1 rok 2019:

Kolumna 3 wiersz 1 Sprawozdanie Zarządu z działalności Spółki za 2019r. str.16 pkt 4 pod nazwą „Sprzedaż w ujęciu wartościowym" Tabela pod nazwą „Struktura sprzedaży w porównaniu do roku 2018 i do planu roku 2019", Tiret 3 kolumna 4

Kolumna 3 wiersz 2 Sprawozdanie Zarządu z działalności Spółki za 2019r. str,16.pkt 4 pod nazwą „Sprzedaż w ujęciu wartościowym" Tabela pod nazwą „Struktura sprzedaży w porównaniu do roku 2018 i do planu roku 2019", Tiret 4 kolumna 4

Kolumna 3 wiersz 3 Sprawozdanie Zarządu z działalności Spółki za 2019r. str.16. Tabela pod nazwą „Wyszczególnienie przychodów ze sprzedaży usług komercyjnych", Tiret 7 kolumna 3

Kolumna 3 wiersz 4 Sprawozdanie Zarządu z działalności Spółki za 2019r, str.16.pkt 4 pod

nazwą „Sprzedaż w ujęciu wartościowym" Tabela pod nazwą „Struktura sprzedaży w

porównaniu do roku 2018 i do planu roku 2019", Tiret 8 kolumna 4

Kolumna 3 wiersz 5 Sprawozdanie Zarządu z działalności Spółki za 2019r. str.16. Tabela pod nazwą „Wyszczególnienie przychodów ze sprzedaży usług komercyjnych", Tiret 8 kolumna 3

Źródło danych dla TABELI 1 rok 2020:

Kolumna 4 wiersz 1 Sprawozdanie Zarządu z działalności Spółki za 2020r. str.14.pkt 4 pod nazwą „Sprzedaż w ujęciu wartościowym" Tabela pod nazwą „Struktura sprzedaży w porównaniu do roku 2019 i do planu roku 2020" Tiret 3 kolumna 4

Kolumna 4 wiersz 2 Sprawozdanie Zarządu z działalności Spółki za 2020r. str,14.pkt 4 pod nazwą „Sprzedaż w ujęciu wartościowym" Tabela pod nazwą „Struktura sprzedaży w porównaniu do roku 2019 i do planu roku 2020" Tiret 4 kolumna 4

Kolumna 1 wiersz 3 Sprawozdanie Zarządu z działalności Spółki za 2020r. str.15. Tabela pod nazwą Wyszczególnienie przychodów ze sprzedaży usług pozostałych", Tiret 5 kolumna 3

Kolumna 4 wiersz 4 Sprawozdanie Zarządu z działalności Spółki za 2020r, str.15.pkt 4 pod nazwą „Sprzedaż w ujęciu wartościowym" Tabela pod nazwą „Struktura sprzedaży w porównaniu do roku 2019 i do planu roku 2020", Tiret 8 kolumna 4

Kolumna 4 wiersz 5 Sprawozdanie Zarządu z działalności Spółki za 2020r. str.15. Tabela pod nazwą „Wyszczególnienie przychodów ze sprzedaży usług pozostałych", Tiret 6 kolumna 3

TABELA 2

		• . 1	rok	|	lata	2018-2020
		2018	2019	20ZQ /	suma	i ■ średnia
1		2	3	4	5	6
1.	Sprzedaż wody dla gmin ościennych	969,90	1 056,70	1 023,60	3 050,20	1 016,73
2.	Sprzedaż usług kanalizacyjnych dla gmin ościennych	331,50	468,60	576,50	1 376,60	458,87
3.	Sprzedaż materiałów	43,40	126,40	59,20	229,00	76,33
4.	Opłaty za przełącza wodociągowe	4,10	0,00	0,00	4, 10	1,37
5.	Opłaty za przyłącza kanalizacyjne	4,20	0,00	0,00	4,20	1,40
6.	Sprzedaż usług eksploatacji kolektora spółki PROSNA	97	63,90	63,90	225,30	75,10
7.	Usługi laboratoryjne na zlecenie	229,90	282,70	214,10	726,70	242,23
8.	Usługi projektowe, czyszczenie kanalizacji na zlecenie (nazwane sprzedaż usług komercyjnych)	441,20	398,80	343,00	1 183,00	394,33
		2,121,70	2 397,10	2 280,30 |	6 799	2 266,36

Źródło danych dla TABELI 2 rok 2018:

Kolumna 2 wiersz 1 Sprawozdanie Zarządu z działalności Spółki za 2018r. str.15 pkt 4 pod nazwą „Sprzedaż w ujęciu wartościowym" Tabela pod nazwą „Struktura sprzedaży w porównaniu do roku 2017 i do planu roku 2018", Tiret 6 kolumna 4

Kolumna 2 wiersz 2 Sprawozdanie Zarządu z działalności Spółki za 2018r, str.15.pkt 4 pod nazwą „Sprzedaż w ujęciu wartościowym" Tabela pod nazwą „Struktura sprzedaży w porównaniu do roku 2017 i do planu roku 2018", Tiret 7 kolumna 4

Kolumna 2 wiersz 3 Sprawozdanie Zarządu z działalności Spółki za 2018r. str.15.pkt 4 pod nazwą „Sprzedaż w ujęciu wartościowym" Tabela pod nazwą „Struktura sprzedaży w porównaniu do roku 2017 i do planu roku 2018 —Tiret 10 kolumna 3

Kolumna 2 wiersz 4 Sprawozdanie Zarządu z działalności Spółki za 2018r. str. 16. Wyszczególnienie przychodów ze sprzedaży usług komercyjnych", Tiret 3 kolumna
Kolumna 2 wiersz 5 Sprawozdanie Zarządu z działalności Spółki za 2018r. str.16. Wyszczególnienie przychodów ze sprzedaży usług komercyjnych", Tiret 4 kolumna 3
Kolumna 2 wiersz 6 Sprawozdanie Zarządu z działalności Spółki za 2018r. str.16. Wyszczególnienie przychodów ze sprzedaży usług komercyjnych", Tiret 5 kolumna 3

Kolumna 2 wiersz 7 Sprawozdanie Zarządu z działalności Spółki za 2018r. str. 16. Wyszczególnienie przychodów ze sprzedaży usług komercyjnych", Tiret 6 kolumna 3
Kolumna 2 wiersz 8 Sprawozdanie Zarządu z działalności Spółki za 2018r. str.16. Wyszczególnienie przychodów ze sprzedaży usług komercyjnych", Tiret 2 kolumna 3

Źródło danych dla TABELI 2 rok 2019:

Kolumna 3 wiersz 1 Sprawozdanie Zarządu z działalności Spółki za 2019r. str.16 pkt 4 pod nazwą „Sprzedaż w ujęciu wartościowym" Tabela pod nazwą „Struktura sprzedaży w porównaniu do roku 2018 i do planu roku 2019", Tiret 6 kolumna 4

Kolumna 3 wiersz 2 Sprawozdanie Zarządu z działalności Spółki za 2019r, str,16 pkt 4 pod nazwą „Sprzedaż w ujęciu wartościowym" Tabela pod nazwą „Struktura sprzedaży w porównaniu do roku 2018 i do planu roku 2019", Tiret 7 kolumna 4

Kolumna 3 wiersz 3 Sprawozdanie Zarządu z działalności Spółki za 2019r. str.16.pkt 4 pod nazwą „Sprzedaż w ujęciu wartościowym" Tabela pod nazwą „Struktura sprzedaży w porównaniu do roku 2018 i do planu roku 2019", Tiret 10 kolumna 4

Kolumna 3 wiersz 6 Sprawozdanie Zarządu z działalności Spółki za 2019r. str.16. Tabela pod nazwą Wyszczególnienie przychodów ze sprzedaży usług komercyjnych", Tiret 5 kolumna 3

Kolumna 3 wiersz 7 Sprawozdanie Zarządu z działalności Spółki za 2019r, str. 16. Wyszczególnienie przychodów ze sprzedaży usług komercyjnych", Tiret 6 kolumna 3
Kolumna 3 wiersz 8 Sprawozdanie Zarządu z działalności Spółki za 2019r. str. 16. Wyszczególnienie przychodów ze sprzedaży usług komercyjnych", Tiret 2 kolumna 3

Źródło danych dla TABELI 2 rok 2020:

Kolumna 4 wiersz 1 Sprawozdanie Zarządu z działalności Spółki za 2020r. str.15.pkt 4 pod nazwą „Sprzedaż w ujęciu wartościowym" Tabela pod nazwą „Struktura sprzedaży w porównaniu do roku 2019 i do planu roku 2020", Tiret 6 kolumna 4

Kolumna 4 wiersz 2 Sprawozdanie Zarządu z działalności Spółki za 2020r. str.15.pkt 4 pod nazwą „Sprzedaż w ujęciu wartościowym" Tabela pod nazwą „Struktura sprzedaży w porównaniu do roku 2019 i do planu roku 2020", Tiret 7 kolumna 4

Kolumna 4 wiersz 3 Sprawozdanie Zarządu z działalności Spółki za 2020r. str.15,pkt 4 pod nazwą „Sprzedaż w ujęciu wartościowym" Tabela pod nazwą „Struktura sprzedaży w porównaniu do roku 2019 i do planu roku 2020", Tiret 10 kolumna 4

Kolumna 4 wiersz 6 Sprawozdanie Zarządu z działalności spółki za 2020r. str.15. Tabela pod nazwą Wyszczególnienie przychodów ze sprzedaży usług pozostałych", Tiret 3 kolumna 3
Kolumna 4 wiersz 7 Sprawozdanie Zarządu z działalności Spółki za 2020r. str.15. Tabela pod nazwą Wyszczególnienie przychodów ze sprzedaży usług pozostałych", Tiret 4 kolumna 3

Kolumna 4 wiersz 8 Sprawozdanie Zarządu z działalności Spółki za 2020r. str.15. Tabela pod nazwą Wyszczególnienie przychodów ze sprzedaży usług pozostałych", Tiret 2 kolumna 3

TABELA 3

Przychody /w tys. zł/ z wykonywana zadań powierzonych przez Zamawiającego oraz z wykonywania zadań na rzecz innych podmiotów:

	Przychody ze sprzedaży	rok			lata 2018-2020	
		2018	2019	2020	suma	średnia
1.	Przychody z działalności powierzonej przez Zamawiającego	47 154,00	47 721,20	46 583,60	141 458,80	47 152,93
2.	Przychody ze sprzedaży realizowanej na rzecz innych osób, jednostek, podmiotów	2 121,70	2 397,10	2 280,30	6 799,10	2 266,37
	Razem	49 275,70	50 118,30	48 864,00	148 257,80	49 419,30

Procent działalności kontrolowanej osoby prawnej (o którym mowa w art. 214 ust. 1 pkt 11 b 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,) wyliczono jako :

Średni przychód z działalności powierzonej przez Zamawiającego x 100%/ Średni przychód ogółem wynosi: 47 152,93 '/. 49 419,30 x 100% = 95,40%.

Izba ustaliła, że Zamawiający sporządził przed wszczęciem postępowania dokument pn. „Analiza potrzeb i wymagań" z dnia 7 października 2021 r. W dokumencie tym Zamawiający uzasadniał uwarunkowania do udzielenia zamówienia poprzez wykorzystanie zasobów własnych.

Izba ustaliła, ze wykonawca - spółka PWiK została powołana Uchwałą Rady Miejskiej Kalisza Nr XX/138/91 z 3 grudnia 1991 r. oraz aktem notarialnym Repertorium A nr 3667/91 z 13 grudnia 1991 r. i w tej formie prawnej działa nieprzerwanie od 1992 r. Statutowym celem działalności PWiK jest zapewnienie ciągłości powszechnej dostępności dostaw wody i odbioru ścieków na terenie miasta Kalisza (§7 Umowy spółki). Działalność spółki opiera się na rocznym Planie technicznoekonomicznym, uchwalanym przez Zarząd i zatwierdzanym przez Radę Nadzorczą. Izba ustaliła, że w Krajowym Rejestrze Sądowym wpisano następujące pozycje opisujące przedmiot działalności spółki (początkowo lista zawierała 10 pozycji. W roku 2020 została rozszerzona o kolejne, związane z transportem odpadów innych niż niebezpieczne):

- Pobór, uzdatnianie i dostarczanie wody PKD 36.00.Z
- Roboty związane z budową rurociągów przesyłowych i sieci rozdzielczych PKD 42.21.z Pozostałe specjalistyczne roboty budowlane, gdzie indzie niesklasyfikowane PKD 43.99.z
- Pozostała sprzedaż detaliczna prowadzona poza siecią sklepową, straganami i

  targowiskami PKD 47.99.Z
- Wynajem i zarządzanie nieruchomościami własnymi lub dzierżawionymi PKD 68.20.
- Działalność w zakresie inżynierii i związane z nią doradztwo techniczne PKD 71.12.Z
- Pozostałe badania i analizy techniczne PKD 71.20.B
- Wynajem i dzierżawa maszyn i urządzeń budowlanych PKD 77.32.Z
- Wynajem i dzierżawa pozostałych maszyn, urządzeń oraz dóbr materialnych, gdzie

  indziej niesklasyfikowanych PKD 77.39.Z

Izba ustaliła, że spółka prowadzi działalność w zakresie zbiorowego zaopatrzenia w wodę i 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 roku oraz w oparciu o Regulamin dostarczania wody i odprowadzania ścieków na terenie miasta Kalisza przyjęty Uchwałą Nr LVIII/765/2018 Rady Miasta Kalisza z dnia 27 września 2018 roku w sprawie uchwalenia regulaminu dostarczania wody i odprowadzania ścieków na terenie miasta Kalisza. Spółka działa na obszarze Rzeczypospolitej Polskiej oraz poza jej granicami. Działalność Spółki oparta jest na samodzielnie sporządzanym rocznym Planie techniczno - ekonomicznym uchwalanym przez Zarząd.

Izba ustaliła, że na podstawie umowy z dnia 20 lutego 2018 r., z dnia 14 lutego 2019 r. Miasto Kalisz zleciło współce PWiK wykonanie usługi bieżącej konserwacji i remontów bieżących sieci i urządzeń kanalizacji deszczowej (bez rowów otwartych) na terenie miasta Kalisza. Zgodnie z umowami usługa miała być wykonana do dnia 31 grudnia 2019 r.

Izba ustaliła, że Zamawiający w dniu 28 stycznia 2021 r. zawał umowę z Przystępującym na utrzymanie kanalizacji deszczowej na terenie miasta Kalisza w 2020 r., będącej własnością

Miasta Kalisz.

Izba ustaliła, że Zamawiający w dniu 29 lipca 2019 r. zawarł umowę z Przystępującym na wykonanie usługi bieżącej konserwacji i obsługi fontanny na Skwerze Sybiraków. Usługa miała być realizowana do dnia 31 października 2019 r. Izba ustaliła, że na podstawie umowy z dnia 26 czerwca 2020 r. ww. usługa miała być świadczona przez Przystępującego do dnia 31 października 2020 r.

Izba zważyła co następuje:

W ocenie Izby zarzuty podniesione w odwołaniu okazały się niezasadne. W konsekwencji odwołanie podlegało oddaleniu.

Wskazać należy na wstępie, że zgodnie z art. 214 ust. 1 pkt 11 ustawy Pzp, Zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki, jeżeli spełnione są łącznie następujące warunki:

a) zamawiający sprawuje nad 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 z art. 83 ustawy Pzp, zamawiający publiczny, przed wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia, dokonuje analizy potrzeb i wymagań, uwzględniając rodzaj i wartość zamówienia. Analiza obejmuje w szczególności: (i) badanie możliwości zaspokojenia zidentyfikowanych potrzeb z wykorzystaniem zasobów własnych; (ii) rozeznanie rynku: w aspekcie alternatywnych środków zaspokojenia zidentyfikowanych potrzeb, w aspekcie możliwych wariantów realizacji zamówienia albo wskazuje, że jest wyłącznie jedna możliwość wykonania zamówienia. Analiza wskazuje: orientacyjną wartość zamówienia dla każdego ze wskazanych wariantów, o których mowa w ust. 2 pkt 2 lit. b; możliwość podziału zamówienia na części, przewidywany tryb udzielenia zamówienia; możliwość uwzględnienia aspektów społecznych, środowiskowych lub innowacyjnych zamówienia; ryzyka związane z postępowaniem o udzielenie i realizacją zamówienia. Zamawiający publiczny może odstąpić od dokonania analizy potrzeb i wymagań, w przypadku gdy zachodzi podstawa udzielenia zamówienia w trybie negocjacji bez ogłoszenia, o której mowa w lub w trybie zamówienia z wolnej ręki, o której mowa w

W art. 84 ust. 1 ustawy Pzp ustawodawca wskazał, że zamawiający, przed wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia, może przeprowadzić wstępne konsultacje rynkowe w celu przygotowania postępowania i poinformowania wykonawców o swoich planach i wymaganiach dotyczących zamówienia.

Zgodnie z art. 16 ustawy Pzp Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, przejrzysty, proporcjonalny.

Zgodnie z art. 17 ustawy Pzp, zamawiający udziela zamówienia w sposób zapewniający:

3) najlepszą jakość dostaw, usług, oraz robót budowlanych, uzasadnioną charakterem

zamówienia, w ramach środków, które zamawiający może przeznaczyć na jego realizację, oraz

4) uzyskanie najlepszych efektów zamówienia, w tym efektów społecznych,

środowiskowych oraz gospodarczych, o ile którykolwiek z tych efektów jest możliwy do uzyskania w danym zamówieniu, w stosunku do poniesionych nakładów.

Należy dalej wskazać, że zadaniami użyteczności publicznej, w rozumieniu ustawy o samorządzie gminnym (Dz.U. z 2021 r. poz. 1372), są zadania własne gminy, określone w art. 7 ust. 1 tej ustawy, których celem jest bieżące i nieprzerwane zaspokajanie zbiorowych potrzeb ludności w drodze świadczenia usług powszechnie dostępnych. Ponadto w myśl ust. 2 tego artykułu odrębne ustawy określają, które zadania własne gminy mają charakter obowiązkowy. 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 2020 r., poz. 2028 z późn. zm. - dalej: „UZZW") zbiorowe zaopatrzenie w wodę i zbiorowe odprowadzanie ścieków jest zadaniem własnym gminy. Zadanie to ma charakter obligatoryjny. Ponadto, w myśl art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz. U. z 2005 r. Nr 236, poz. 2008, z późn. zm.) do obligatoryjnych zadań gminy należą zadania dotyczące utrzymania czystości i porządku w gminach.

Ponadto, Izba wskazuje, że zgodnie z art. 2 pkt 10 UZZW, przez ścieki komunalne należy rozumieć ścieki bytowe lub mieszaninę ścieków bytowych ze ściekami przemysłowymi albo wodami opadowymi lub roztopowymi będącymi skutkiem opadów atmosferycznych, odprowadzane urządzeniami służącymi do realizacji zadań własnych gminy w zakresie kanalizacji i oczyszczania ścieków komunalnych. W pkt 20 ustawodawca wskazał, że zbiorowe odprowadzanie ścieków to działalność polegająca na odprowadzeniu i oczyszczaniu ścieków, prowadzona przez przedsiębiorstwo wodociągowo - kanalizacyjne. W pkt 21 ustawodawca wskazał, że zbiorowe zaopatrzenie w wodę to działalność polegającą na ujmowaniu, uzdatnianiu i dostarczaniu wody, prowadzoną przez przedsiębiorstwo wodociągowo-kanalizacyjne.

Mając na uwadze powyższe regulacje, zauważyć należy, że jednostki samorządu terytorialnego mogą wykonywać zadania własne w jednej z następujących form: w formie własnej jednostki organizacyjnej (zakład budżetowy), w formie utworzonej przez siebie spółki prawa handlowego - tj. spółki akcyjnej lub spółki z ograniczoną odpowiedzialnością (art. 9 ustawy o gospodarce komunalnej), poprzez powierzenie wykonania określonych zadań osobom trzecim na podstawie umowy. Utworzenie przez gminę spółki prawa handlowego w celu wykonywania zadań własnych jest jedną z podstawowych i dopuszczonych prawem form wykonywania zadań gminy w sferze użyteczności publicznej. Decyzja o powierzeniu tworzonej spółce prawa handlowego wykonywania zadań publicznych materializuje się w stosownej uchwale organu gminy (art. 4 ust. 1 pkt 1 ustawy o gospodarce komunalnej) oraz w akcie erekcyjnym spółki (akt założycielski spółki z o.o.). Tytułem do wykonywania przez spółkę określonych zadań komunalnych jest więc uchwała organu gminy oraz akt o jej utworzeniu (akt założycielski albo statut). (tak m.in. Naczelny Sąd Administracyjny w wyroku z dnia 11 sierpnia 2005 r. (sygn. akt II GSK 105/05, Lex Nr 155826).

W analizowanym stanie faktycznym, okolicznością bezsporną jest to, że na podstawie Uchwały Rady Miejskiej Kalisza nr XX/138/91 z dnia 3 grudnia 1991 r. (dalej „Uchwała z 1991 r.") zostało powołane (w wyniku przekształcenia) Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji sp. z o.o. Zgodnie §4 Uchwały spółka powołana została do zapewnienia ciągłości i powszechnej dostępności w dostawy wody i odbioru ścieków na terenie miasta Kalisza. §5 Uchwały zostało wskazane, że przedmiotem działalności spółki jest m.in. odbiór i oczyszczenie ścieków. Spółka prowadzi działalność w zakresie zbiorowego zaopatrzenia w

wodę i 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 terenie 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. (Decyzja WIMK 7033/17/02 z dnia 27 sierpnia 2002 r.; uchwała Nr XX/138/91 Rady Miejskiej Kalisza z dnia 3 grudnia 1991 r. umowa spółki - tekst ujednolicony).

Okolicznością bezsporną w sprawie i niekwestionowaną przez Odwołującego jest również to, że do dnia wejścia w życie zmian w ustawie Prawo wodne w 2017 r. i wprowadzenia nowej definicji „ścieków", za ścieki uznawano również odbiór i zagospodarowanie wód opadowych i roztopowych. Zgodnie bowiem z definicją zawartą w art. 2 pkt 8 UZZW, przed jej nowelizacją w 2017 r., w definicji ścieków zawarte zostały również wody opadowe lub roztopowe, ujęte w otwarte lub zamknięte systemy kanalizacyjne, pochodzące z powierzchni zanieczyszczonych o trwałej nawierzchni, w szczególności z miast, portów, lotnisk, terenów przemysłowych, handlowych, usługowych i składowych, baz transportowych oraz dróg i parkingów.

Zatem, zdaniem Izby, nie ma żadnych wątpliwości, że w ramach zadań powierzonych przez Miasto Kalisz spółce PWiK mocą Uchwały z 1991 r. mieścił się obiór i zagospodarowanie wód opadowych i roztopowych. Zamawiający bowiem przekazało spółce PWiK zadania w zakresie zapewnienia ciągłości i powszechnej dostępności dostaw wody i odbioru ścieków na terenie Miasta Kalisza, a więc również zadanie polegające na zagospodarowaniu i odbiorze wód opadowych i roztopowych. W konsekwencji, zadanie to należy zaliczyć do zadań powierzonych przez Zamawiającego, o jakich mowa jest w art. 214 ust. 1 pkt. 11 lit. b Pzp.

Odnosząc się zatem do argumentów Odwołującego, że zadanie polegające na odbiorze i zagospodarowaniu wód opadowych i roztopowych nie jest zadaniem powierzonym przez Zamawiającego wykonawcy PWiK, Izba nie podziela takiego stanowiska wykonawcy. Nie można zgodzić się z Odwołującym, iż przychody z tytułu odbioru i zagospodarowania wód opadowych lub roztopowych nie mogą być uznane za przychód z działalności powierzonej, tylko dlatego, że zmieniła się definicja ścieków zawarta w nowej ustawie Prawo wodnym z 2017 r. Izba stoi na stanowisku, że zmiana przepisów ustawy nie zmienia zakresu rzeczowego zadań powierzonych spółce PWiK, określonych w Uchwale z 1991 r. Zadaniem powierzonym wykonawcy PWiK był odbiór i zagospodarowanie również wód opadowych i roztopowych. Takie zakres rzeczowy był i jest faktycznie realizowany przez spółkę PWiK na rzecz Zamawiającego od dnia powierzenia do dnia rozstrzygnięcia przez Izbę niniejszego odwołania. Odwołujący sam potwierdził, że spółka PWiK faktycznie realizuje na rzecz Zmawiającego zadanie polegające na odbiorze i zagospodarowaniu wód opadowych i roztopowych. Niezależenie zatem w jaki sposób obecnie przepisy ustawy Prawo wodne definiują odbiór i zagospodarowanie wód odpadowych i roztopowych, wykonanie takiego zadania zostało powierzone przez Zamawiającego na rzecz wykonawcy PWiK.

Dalej Izba wskazuje, że Odwołujący zdaje się forsować tezę, że skoro ilość ścieków jaka trafiła do oczyszczalni w Kucharach była większa niż płacili za to klienci z powodu odprowadzania z ulic i posesji znacznych ilości wód opadowych i roztopowych do kanalizacji ogólnospławnej i czasami nielegalnie do sanitarnej, to okoliczność ta przekłada się na wyliczenia przychodu z działalności powierzonej, bowiem przychód z tytułu odbioru wód opadowych lub roztopowych nie powinien być wliczony do przychodu z działalności powierzonej, tylko do przychodu z działalności komercyjnej. Izba nie podziela takiego stanowiska wykonawcy. Po pierwsze należy wskazać, że wykonawca PWiK nie osiąga przychodów innych niż wskazane Sprawozdaniach zarządu związanych z posiadaniem i eksploatacją przez gminę kanalizacji deszczowej. Problem podniesiony przez Odwołującego może więc dotyczyć jedynie wód opadowych i roztopowych, które trafiają do kanalizacji ogólnospławnej. Po drugie, niezależnie od klasyfikacji przychodu uzyskanego przez PWiK z tytułu odbioru i zagospodarowania wód opadowych i roztopowych, nie ma żadnych wątpliwości, iż jest to zadanie powierzone wykonawcy przez Zamawiającemu. Po trzecie, Izba wskazuje, że przyjęta terminologia na potrzeby sprawozdawczości finansowej spółki nie może decydować o tym czy mamy do czynienia z zadaniem powierzonym czy nie. Zdaniem Izby, wtórne dla sprawy jest to czy przychód z tytułu odbioru i zagospodarowania wód opadowych i roztopowych jest przychodem z działalności podstawowej czy komercyjnej. Istotne w świetle art. 214 ust. 11 lit b ustawy Pzp jest bowiem to czy jest to zadanie powierzone do wykonania wykonawcy przez Zamawiającego. Stąd też argumentacja Odwołującego o tym, iż przychód za odbiór i zagospodarowanie wód opadowych i

roztopowych winien być zaliczony do przychód z działalności komercyjnej nie ma żadnego znaczenia dla sprawy. Po czwarte, Izba wskazuje, że wody opadowe i roztopowe trafiające do kanalizacji ogólnospławnej są ściekami komunalnymi w rozumieniu art. 16 ust. 63 ustawy Prawo wodne i art. 2 pkt 10 UZZW. Zgodnie z UZZW do zadań gminy należy zbiorowe odprowadzanie ścieków, co obejmuje to również odprowadzanie ścieków komunalnych. Stąd też nie można zgodzić się ze stwierdzeniem Odwołującego, że wody opadowe i roztopowe nie mogą być uznane za ścieki. Zarówno ustawa Prawo wodne, jak i UZZW uznaje wody opadowe i roztopowe za ścieki w sytuacji, gdy trafiają do kanalizacji ogólnospławnej. Po piąte, Izba wskazuje, że Odwołujący nie wykazał, że nadwyżka pomiędzy wartością ścieków zafakturowaną, a przesłaną do oczyszczalni w Kucharach w jakikolwiek sposób wpływa na zawyżenie wartości zadań powierzonych przez Zamawiającego na rzecz wykonawcy PWiK. Należy wskazać, że w 2018 r. wartość przychodu jaka została uwzględnione w Metodologii wyliczenia Zamawiającego odnosi się do ilości ścieków zafakturowanej, a nie do wartości ścieków faktycznie odebranych przez oczyszczalni w Kucharach. Trudno zatem mówić o jakieś nadwyżce w przychodach wykazanych w Sprawozdaniach Zarządu. Raz jeszcze należy podkreślić, że spółka PWiK osiągnęła przychody wskazane w Sprawozdaniach zarządu. Na potrzeby wykazania spełnienia przesłanek z art. 214 ust. 1 pkt 11 pkt b ustawy Pzp irrelewantna pozostaje nomenklatura używana przez wykonawcę na potrzeby sprawozdawczości finansowej wynikającej z ustawy o rachunkowości. Terminologia ta jest determinowana przez zasady wynikające z ustawy o rachunkowości i podlega badaniu przez biegłego rewidenta w zakresie poprawność ksiąg finansowych spółki. Istotne dla sprawy jest zaś to, jakie zadania zostały powierzone przez Zamawiającemu wykonawcy. Z okoliczności sprawy wynika, że zadanie polegające na odbiorze i zagospodarowaniu wód opadowych i roztopowych niezależnie czy będą one kwalifikowane jako ścieki czy jako deszczówka na gruncie obowiązujących przepisów prawa zostało powierzone wykonawcy PWiK, było i jest faktycznie realizowane i nie było kwestionowane przez żadne organy kontrolne. Po szóste, podnoszona przez Odwołującego okoliczność, że koszt jednostkowy, a więc i cena za świadczone usługi kanalizacyjne powinna obejmować koszty odbioru, odprowadzania i oczyszczania ścieków odebranych od odbiorców bez kosztów odbioru i odprowadzania wód opadowych lub roztopowych jest bez znaczenia dla sprawy. Izba wskazuje bowiem, że nawet w przypadku błędnej kwalifikacji przychodów z tytułu odprowadzenia wód opadowych i roztopowych na potrzeby sprawozdawczości finansowej wykonawcy PWiK wskazanej w Sprawozdaniach Zarządu, okoliczność ta pozostaje bez wpływu na wykazanie przesłanki z art. 214 ust. 1 pkt 11 lit b ustawy Pzp. Istotą bowiem tego przepisu jest wykazanie, że przychód pochodził z zadań powierzonych przez Zmawiającego wykonawcy, co miało miejsce w analizowanym stanie faktycznym. Na marginesie, Izba wskazuje, że skoro z przepisów ustawy Prawo wodne i UZZW wynika, że wody opadowe i roztopowe trafiające do kanalizacji ogólnospławnej są ściekami komunalnymi w rozumieniu art. 16 ust. 63 ustawy Prawo wodne, a zgodnie z UZZW do zadań gminy należy zbiorowe odprowadzanie ścieków, to nie ma żadnych wątpliwości, że w ramach sprzedaży usług kanalizacyjnych mieści się również ta część zadania powierzona przez Zamawiającego do wykonania spółce PWiK. Przychód uzyskany zatem z tego tytułu jest przychodem uzyskanym ze sprzedaży usług kanalizacyjnych na rzecz miasta Kalisza. Izba podkreśla, że nie jest zadaniem Izby rozstrzyganie o prawidłowym sposobie ujęcia w taryfach kosztów odprowadzenia wód roztopowych i opadowych. Taryfy te bowiem podlegają zatwierdzeniu przez odpowiedni organ regulacyjny, który bada ich zgodność z prawem. Istotą rozstrzygnięcia Izby jest ustalenie czy w Metodologii obliczenia przychodów z działalności powierzonej, Zamawiający w sposób prawidłowy obliczył wartość zadań powierzonych. W tym zakresie, Zamawiający oparł się na oficjalnych dokumentach spółki PWiK, za które członkowie Zarządu ponoszą odpowiedzialność w świetle art. 77 ustawy o rachunkowości. Informacje zawarte w Sprawozdanych zarządu zostały zaczerpnięte ze sprawozdań finansowych spółki, zatwierdzonych przez biegłego rewidenta. Odwołujący kwestionuje zasadność podziału przychodów spółki PWiK w oparciu o niejednoznaczność przepisów dotyczących sposobu naliczenia kosztów za odbiór i zagospodarowanie tzw. „deszczówki", wskazując, iż nie są to ścieki, a więc przychody w tego tytułu nie mogą być uznane za działalność powierzoną, tylko komercyjną. Zdaniem Izby taka argumentacja nie może skutkować stwierdzeniem naruszenia art. 214 ust. 1 pkt 11 ustawy Pzp. Klasyfikacja przychód do poszczególnych kategorii ma bowiem znaczenie wtórne. Z Uchwały z 1991 r. wynika, że zakresem powierzenie był objęty odbiór i zagospodarowanie wód opadowych i roztopowych.

Odnosząc się w dalszej kolejności do zarzutu Odwołującego o niekonsekwencji Zamawiającego w zakresie przyjętego nazewnictwa dotyczącego klasyfikacji przychodów, Izba nie zgadza się ze stanowiskiem wykonawcy. Należy wskazać, że zgodnie z Informacją o zamiarze zawarcia umowy, podstawą wyliczenia procentowego udziału zadań zleconych były Sprawozdania zarządu za lata 2018 - 2020. Podstawą zaś sporządzenia sprawozdania zarządu są sprawozdania finansowe PWiK, które jak wskazał Zamawiający w treści Informacji są dostępne w eKRS. Analiza Sprawozdań zarządu, wbrew twierdzeniom Odwołującego, nie wskazuje, na rzekome niejasności terminologiczne, które mogłyby skutkować podważaniem przyjętych zasad klasyfikacji przychodów. Co więcej Odwołujący

nie wykazał, że nawet w przypadku zmiany nazwy poszczególnych grup przychodów osiąganych przez wykonawcę PWiK, zmiana ta ma charakter merytoryczny, a nie wyłącznie formalny. Izba zauważa, że spornych Sprawozdaniach zarządu, konsekwentnie przychody spółki PWiK są podzielone na 2 grupy przychodów:

1) W Sprawozdaniu za 2018 r. (str. 15), sprzedaż w ujęciu wartościowym wyróżnione są 2 grupy sprzedaży i osiąganego przychodu: (i) sprzedaż produkcji podstawowej na którą składa się: sprzedaż wody dla m. Kalisza oraz sprzedaż usług kanalizacyjnych dla m. Kalisza; (ii) sprzedaż komercyjna, na która składa się: sprzedaż wody dla gmin ościennych, sprzedaż usług kanalizacyjnych dla gmin ościennych, sprzedaż usług kanalizacji deszczowej, sprzedaż usług komercyjnych, sprzedaż materiałów. Jednocześnie na stronie 16 Sprawozdania, wyszczególnione są zadania jakie składają się na usługi komercyjne, będące elementem sprzedaży komercyjnej.

2) W Sprawozdaniu za 2019 r., (str. 16) sprzedaż w ujęciu wartościowym wyróżnione są 2 grupy sprzedaży i osiąganego przychodu: (i) sprzedaż produkcji podstawowej na którą składa się: sprzedaż wody dla m. Kalisza oraz sprzedaż usług kanalizacyjnych dla m. Kalisza; (ii) sprzedaż komercyjna, na która składa się: sprzedaż wody dla gmin ościennych, sprzedaż usług kanalizacyjnych dla gmin ościennych, sprzedaż usług kanalizacji deszczowej, sprzedaż usług komercyjnych, sprzedaż materiałów. Jednocześnie na stronie 16 Sprawozdania, wyszczególnione są zadania jakie składają się na usługi komercyjne, będące elementem sprzedaży komercyjnej.

Dodatkowym elementem składającym się na przychody ze sprzedaż komercyjnej były opłaty za utrzymanie fontanny Skwer Sybiraków;

3) W Sprawozdaniu za 2020 r. (str. 14 - 15) sprzedaż w ujęciu wartościowym wyróżnione są 2 grupy sprzedaży i osiąganego przychodu: (i) sprzedaż produkcji podstawowej na którą składa się: sprzedaż wody dla m. Kalisza oraz sprzedaż usług kanalizacyjnych dla m. Kalisza; (ii) sprzedaż pozostała, na która składa się: sprzedaż wody dla gmin ościennych, sprzedaż usług kanalizacyjnych dla gmin ościennych, sprzedaż usług kanalizacji deszczowej, sprzedaż usług pozostałych, sprzedaż materiałów. Jednocześnie na stronie 15 Sprawozdania, wyszczególnione są zadania jakie składają się na sprzedaż usług pozostałych, będących elementem sprzedaży pozostałej. Do zakresu tego, oprócz przychodów wskazanych w Sprawozdaniu z 2019 r., zostały doliczone przychody ze sprzedaży usług laboratoryjnych.

Jedyna więc zmiana terminologii w sposobie opisu przychodów dotyczyła zastąpienia „sprzedaży komercyjnej" określeniem „sprzedaż pozostała" oraz zastąpienia określenia „sprzedaż usług komercyjnych" zwrotem „sprzedaż usług pozostałych". Okoliczność, iż w ramach usług pozostałych/komercyjnych pojawiały się w poszczególnych latach dwie nowe pozycje w żaden sposób nie świadczy o niekonsekwencji w sposobie ich kwalifikacji. Przychody te pojawiały się, gdyż wykonawca rozpoczął świadczenie takich usług i zostały one wskazane w sprawozdaniu. Podkreślenia wymaga, że sama zmiana nazwy określonej grupy przychodów w żaden sposób nie może świadczyć o ich błędnej kwalifikacji czy też rzekomych nieprawidłowościach w sposobie wyliczenia przychodów w Metodologii wyliczeń zaprezentowanej przez Zamawiającego. Zmiany nazewnictwa są częstokroć spowodowane zmianami w ustawie o rachunkowości, zaś Odwołujący nie wykazał żadnego związku pomiędzy zmianami w terminologii, a nieprawidłowościami w wyliczaniach przyjętych przez Zamawiającego, opartych na Sprawozdaniach zarządu.

Odnosząc się do rzekomego „luźnego" podejścia Zamawiającego w wyliczeniu wartości zadań zleconych i różnic liczbowych na jakie powołuje się Odwołujący, Izba również uznała argument wykonawcy za niezasadny. Zdaniem Izby wyliczenia przedstawione w Metodologii wyliczeń znajdują potwierdzenie w danych zawartych w Sprawozdaniach zarządu.

Rok 2020 r.

Wskazana przez Odwołującego nieścisłość pomiędzy informacji o średniej wartości przychodu z działalności powierzonej wskazanej w informacji o zamiarze zawarcia umowy oraz informacji z Metodologii wyliczeń (różnica o wartości 10 groszy) nie ma żadnego

znaczenia dla sprawy. Przywołana przez Odwołującego okoliczność, iż z informacji wynikającej ze Sprawozdania finansowego na podstawie, którego dokonywane miały być wyliczenia sprzedaż produkcji podstawowej wyniosła w roku 2020 wyniosła: 45.228,30 tys. zł nie została przez Odwołującego wykazana. Do akt sprawy nie zostały złożone żadne sprawozdania finansowe.

Rok 2019 r.

Wartość przychodu z działalności powierzonej przez Miasto Kalisz zarówno z w informacji o zamiarze zawarcia umowy jak i w Metodologii wyliczeń jest taka sama i wynosi: 47.721,20 tys. zł. Przywołana przez Odwołującego okoliczność, iż z informacji wynikającej ze Sprawozdania finansowego na podstawie, którego dokonywane miały być wyliczenia sprzedaż produkcji podstawowej wyniosła w roku 2019 wyniosła 46.159,80 tys. zł nie została przez Odwołującego wykazana. Do akt sprawy nie zostały złożone żadne sprawozdania finansowe.

Rok 2018 r.

Wartość przychodu z działalności powierzonej przez Miasto Kalisz zarówno z w informacji o zamiarze zawarcia umowy jak i w Metodologii wyliczeń jest taka sama i wynosi: 47.154,00 tys. zł. Przywołana przez Odwołującego okoliczność, iż z informacji wynikającej ze Sprawozdania finansowego na podstawie, którego dokonywane miały być wyliczenia sprzedaż produkcji podstawowej wyniosła w roku 2019 wyniosła 45.207,50 tys. zł nie została przez Odwołującego wykazana. Do akt sprawy nie zostały złożone żadne sprawozdania finansowe.

Odnosząc się do argumentów Odwołującego o zmianie przez Zamawiającego podejścia do klasyfikacji przychodów, Izba nie podziela stanowiska Odwołującego. Zwiększenie udziału z działalności powierzonej było wynikiem zlecenia dodatkowych usług przez Zamawiającego na rzecz PWiK, co Przystępujący wykazał składając odpowiednie umowy do akt sprawy. Izba nie zgadza się ze stanowiskiem Odwołującego, iż procentowy wzrost udziału zadań powierzonych był wynikiem odmiennej klasyfikacji przychodów. Odnosząc się w pierwszej kolejności do przychodów z opłaty za przekroczenie warunków wprowadzania ścieków do kanalizacji, Izba wskazuje, że w spornym okresie opłaty te były konsekwentne kwalifikowane przez Przystępującego jako przychód ze sprzedaży komercyjnej/pozostałej. Należy podkreślić, że przepis art. 214 ust. 1 pkt 11 lit. b ustawy Pzp odwołuje się do zadań powierzonych przez Zmawiającego, nie zaś do sposobu ich kwalifikacji z punktu widzenia sprawozdawczości finansowej spółki prawa handlowego wynikających z ustawy o rachunkowości. W analizowanym stanie faktycznym, nie ma żadnych wątpliwości, iż omawiana usługa został objęta zakresem powierzenia spółce PWiK przez Zamawiającego i z tego tytułu wykonawca osiągnął określonych przychód w latach 2018 - 2020. Opłaty te są ujęte w Taryfie i stanowią jedynie o podwyższonej wartości pobieranej za świadczenie usługi odbioru ścieków, gdyż nie odpowiadają one określonym warunkom. Zdaniem Izby takie powierzenie mieści się w ramach Uchwały z 1991 r. Izba w pełni aprobuje stanowisko Zamawiającego, iż opłata dodatkowa określona jest w taryfie zatwierdzanej przez Wody Polskie i reguluje jedynie wysokość wynagrodzenia za przyjęcie przez przedsiębiorstwo ścieków przekraczających te ustalone normy. Na podstawie zawartej umowy przedsiębiorstwo zobowiązane jest do przyjęcia od dostawcy ścieków podwyższonego ładunku, przy czym jeżeli ścieki przekraczają dopuszczalne stężenie to przyjmuje je za dodatkową opłatą. Wysokość opłaty dodatkowej jest tak kalkulowana przez przedsiębiorstwo, aby zrekompensować dodatkowe koszty, które ponosi w celu zapewnienia prawidłowej gospodarki ściekowej miasta. W związku z powyższym opłaty za przekroczenie zostały zakwalifikowane, tak jak inne opłaty naliczane na podstawie taryfy, do przychodów z wykonywania zadań powierzonych przez zamawiającego. Jest oczywistym dla Izby, że do działalności powierzonej należy zaliczyć zarówno działalność podstawową, jak również inne czynności powierzone przez Zamawiającego. Sposób ich zakwalifikowana na potrzeby sprawozdawczości finansowej do określonej grupy przychodów ma charakter wtóry do powierzenia wykonania takich czynności przez Zamawiającego.

Podobnie należy ocenić przychody z tytułu opłat za utrzymanie fontanny i przychody ze sprzedaży usług kanalizacji deszczowej. Przystępujący realizuje na rzecz Zamawiającego usługę konserwacji i remontów bieżących sieci i urządzeń kanalizacji deszczowej na terenie miasta Kalisza. Odbiorcą usługi jest Miasto Kalisz, które jest właścicielem infrastruktury służącej - sieci kanalizacji deszczowej. Okoliczność tą potwierdzają złożone w poczet materiału dowodowego umowy tj.: umowa z dnia 20.02.2018 r., umowa z dnia 14.02.2019 r., umowa z dnia 28.01.2020 r. Ponadto, należy wskazać, że zgodnie z art. 7 ust. 1 pkt 3

ustawy o samorządzie gminnym zaspokajanie zbiorowych potrzeb wspólnoty należy do zadań własnych gminy. W szczególności zadania własne obejmują sprawy wodociągów i zaopatrzenia w wodę, kanalizacji, usuwania i oczyszczania ścieków komunalnych, utrzymania czystości i porządku oraz urządzeń sanitarnych, wysypisk i unieszkodliwiania odpadów komunalnych, zaopatrzenia w energię elektryczną i cieplną oraz gaz. Zapewnienie kanalizacji deszczowej należy do zadań własnych gminy, gdyż jest to usługa zaspokajająca potrzeby o charakterze zbiorowym, jej świadczenie opiera się na majątku publicznym i ma charakter ciągły, jej celem jest zaspokojenie potrzeb zbiorowości, a odbiorca takiej usługi nie ma wyboru jej dostawcy. Przychody uzyskiwane z tytułu realizacji umowy pochodzą więc od Zamawiającego i zostały, zdaniem Izby, prawidłowo zliczone przez Zamawiającego do przychodów z tytułu „wykonywania zadań powierzonych". Sposób kwalifikacji ich z punktu widzenia zasad rachunkowości ma charakter wtóry do wykazania przesłanek z art. 214 ust. 1 pkt 11 b ustawy Pzp. Z kolei, zgodnie z art. 7 ust 1 pkt 15 przywołanej ustawy o samorządzie gminnym do zadań własnych gminy należy utrzymanie gminnych obiektów i urządzeń użyteczności publicznej oraz obiektów administracyjnych. Do takich obiektów zaliczyć należy fontanny. Zamawiający powierzył zadanie w zakresie utrzymania fontanny Przystępującemu, a więc przychody osiągane z wykonywania usług zostały prawidłowo wliczone do przychodów z tytułu „wykonywania zadań powierzonych". Takim dowodem jest umowa z dnia 29.07.2019 r. oraz umowa z dnia 24.06.2020 r.

Zdaniem Izby irrelewantne dla oceny spełnienia progu 90% jest okoliczność czy przychód jest osiągany z działalności komercyjnej czy nie. Istotą przepisu art. 214 ust. 1 pkt 11 lit. b ustawy Pzp jest to, aby przychód pochodził z działalności powierzonej przez Zamawiającego. Przychody osiągnięte przez Przystępującego w poszczególnych latach zostały jasne określone w Sprawozdaniach zarządu. To czy przychody z tytułu odprowadzenia wód opadowych i roztopowych będę zakwalifikowane jako działalność podstawa czy komercyjna/pozostała nie ma znaczenia dla sprawy. Usługa ta była bowiem wykonana przez Przystępującego w latach 2018 - 2020 (okoliczność niesporna pomiędzy stronami), została powierzona do wykonania na mocy Uchwały z 1991 r., żadne organy kontroli nie podważały legalności funkcjonowania i realizacji zadań powierzonych na tej podstawie oraz w oparciu o umowę spółki - §7. Nawet przyjmując hipotetycznie ich błędną kwalifikacja w sprawozdawczości finansowej spółki, okoliczność ta pozostaje poza kognicją Izby. Odpowiedzialność za klasyfikacje przychodów spółki z punktu widzenia zasad rachunkowości ponosi biegły rewident, który sprawozdanie finansowe spółki zbadał i zatwierdził.

Odnosząc się do dowodów złożonych przez Odwołującego, Izba zauważa co następuje. Po pierwsze, dowód w postaci odpowiedzi na interpelację z dnia 26 października 2021 r. nie ma znaczenia dla sprawy. Z jego treści wynika wyłącznie, że konieczna jest zmiana sposobu kalkulacji taryfy i dostosowanie jej do nowych przepisów ustawy Prawo wodne. Nie jest to dowód na wykazanie nieprawidłowości w wyliczeniu kosztów zadań powierzonych przez Zamawiającego Przystępującemu. Po drugie, odnosząc się do opinii prywatnych złożonych przez Odwołującego na rozprawie, również zdaniem Izby nie mają one znaczenia dla oceny zasadności zastosowania art. 214 ust. 1 pkt 11 ustawy Pzp przez Zamawiającego. Izba wskazuje, że przesłanką zastosowania art. 214 ust. 1 pkt 11 ustawy Pzp nie jest wykazanie, że kondycja finansowa czy uwarunkowania rynkowe spółki PWiK są bardziej korzystane niż

Odwołującego. Zasadnicza zaś część złożonej opinii pn.: „Opinia o uwarunkowaniach ekonomiczno - prawnych udzielenia przez Miasto Kalisz zamówienia publicznego spółce Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji Spółka sp. z o.o." (dalej „Opinia 1") odnosi się właśnie do takich aspektów, które zdaniem Izby, nie mają znaczenia dla sprawy. Ponadto, Izba wskazuje, że autor Opinii 1 dokonuje odmiennej klasyfikacji przychód spółki PWiK wywodząc z tej okoliczności brak spełnienia progu 90%. Jak Izba wskazała powyżej, wtórny dla sprawy jest sposób klasyfikacji przychód spółki PWiK na potrzeby sprawozdawczości finansowej spółki. Istotą sprawy jest ustalenie zakresu zadań zleconych. Dalej Izba wskazuje, że autor opinii wskazuje, że spółka przesłała do oczyszczali więcej ścieków niż odebrała, a więc musi ponieść dodatkowy koszt - musi zapłacić więcej ścieków niż wynika to z umów z klientami. Izba wskazuje, że okoliczność ta nie została w żaden sposób wykazana przez autora opinii i stanowi podważenie prawidłowości sporządzenia sprawozdań finansowych spółki. O ile Izba nie kwestionuje, że ze Sprawozdań Zarządu wynika, iż z powodu odprowadzenia z ulic i posesji znacznych ilości wód opadowych i roztopowych do kanalizacji ogólnospławnej i czasami nielegalnie do sanitarnej do oczyszczalni Kuchary trafiało więcej ścieków niż płacili za to klienci, o tyle, nie ma żadnego dowodu na to, przychód wskazany w sprawozdaniach zarządu z działalności został obliczony w sposób nieprawidłowy. Nadto co najistotniejsze, Izba uznała, że odbiór i zagospodarowanie wód opadowych i roztopowych jest zadaniem powierzonym przez Zamawiającego spółce PWiK.

Podobnie Izba uznała, że Opinia dotycząca badania ekonomiczno - prawnych możliwości udzielenia przez Miasta Kalisz zamówienia publicznego z wolnej ręki spółce komunalnej PWiK (dalej „Opinia 2") nie ma znaczenia dla sprawy. Zdaniem Izby opinia zmierza do podważenia sprawozdań finansowych spółki zatwierdzonych przez biegłego rewidenta oraz oprawności Taryfy wodno - kanalizacyjnej zatwierdzonej jest regulatora, co zdaniem Izby jest nieuprawnione. Izba rozstrzyga o zasadności zastosowania art. 214 ust. 1 pkt 11 ustawy Pzp właśnie w oparciu o treść ww. dokumentów. Ewentualny proces podważenia ich prawidłowości odbywa się w odmiennych trybach. Należy również podkreślić, z jednej strony autor opinii przedstawia szczegółowej dane na temat nieprawidłowości w wyliczeniach przychodu spółki PWiK, a jednocześnie stwierdza (str 14 opinii), że w żadnym dokumentów spółki nie został ujawniony koszt obioru wód roztopowych i opadowych. Tym samym należy uznać, że wszelkie wyliczenia autora opinii mają charakter hipoteczny i niepewny. Izba rozstrzyga odwołanie na podstawie dokumentów oficjalnych spółki, zatwierdzonych przez odpowiednie instytucje/podmioty. Ponadto nawet gdyby przyjąć hipotetycznie błędną kwalifikacje przychód z tytułu odbioru i zagospodarowania deszczówki, Izba wskazała powyżej, że nie ma to znaczenia dla sprawy. Istotą bowiem jest to, że jest to zadanie zlecone przez Zamawiającego.

Zarzut naruszenia art. 214 ust. 1 pkt 11 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp w zw. z art. 17 Pzp w zw. z art. 83 Pzp w zw. z art. 9 ust. 1 i ust. 2 pkt 5 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. UOKiK w zw. z art. 6 ust. 1 pkt 6 UOKiK

Zdaniem Izby nie doszło do naruszenie ww. przepisów. Izba uznała zarzut za niezasadny. Należy wskazać na wstępie, że zgodnie z art. 9 ust.1 UOKiK, zakazane jest nadużywanie pozycji dominującej na rynku właściwym przez jednego lub kilku przedsiębiorców. W ust. 2 ustawy ustawodawca wskazał, że nadużyciem pozycji dominującym na rynku właściwym jest m.in. przeciwdziałanie ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji. Analizując zarzut postawiony przez Odwołującego, Izba wskazuje, że okolicznością istotną, pominiętą przez Odwołującego, jest uregulowanie zawarte w art. 3 UOKiK. Przepis ten stanowi, iż przepisów UOKiK nie stosuje się do ograniczeń konkurencji dopuszczonych na podstawie odrębnych ustaw. Zdaniem Izby, przewidziana w art. 214 ust. 1 pkt 11 ustawy Pzp możliwość udzielenia zamówienia z wolnej ręki zalicza się właśnie do ustawowych wyjątków dopuszczających ograniczone konkurencji. Zdaniem Izby, gdyby uznać argumentację Odwołującego za zasadną, prowadziłoby to do sytuacji, w której skorzystanie przez zamawiającego z ustawowego prawa do udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki stanowiłoby naruszenie przepisów o UOKiK o nadużyciu pozycji dominującej przez zamawiającego. Tymczasem zarówno dyrektywa klasyczna, jak i ustawa Pzp, regulując tę instytucję uznają uprzywilejowaną pozycie zamawiającego, pod warunkiem, że dla udzielenia zamówienia z wolnej ręki spełnione zostaną określone przepisami ustawy Pzp przesłanki. Skoro zatem, jak Izba uznała powyżej, Zamawiający wykazał spełnienie przesłanek udzielnie zamówienia w trybie określonym w art. 214 ust. 1 pkt 11 ustawy Pzp, a więc działał w graniach i zgodnie z przepisami ustawy Pzp, to nie sposób uznać, że takie zachowanie Zamawiającego mogłoby być zakwalifikowane jako nadużycie pozycji dominującej. Zdaniem Izby właśnie wprowadzenie przez ustawodawcę regulacji z art. 3 UOKiK służy zapobieganiu ww. sprzecznościom. W konsekwencji, zdaniem Izby nie doszło w okolicznościach omawianej sprawy do naruszenia przepisów UOKiK.

Odnosząc się do zarzut naruszenia art. 83 ustawy Pzp w zw. z art. 16 i 17 ustawy Pzp, Izba uznała zarzut za niezasadny. Izba wskazuje po pierwsze, że z żadnego przepisu ustawy Pzp nie wynika, że w przypadku spełnienia przesłanek określonych w art. 214 ust. 1 pkt 11 ustawy Pzp Zamawiający ma obowiązek wykazania jakiś dodatkowych przesłanek uzasadniających udzielenie zamówienia in-house. Po drugie, bezprzedmiotowe, zdaniem Izby, są rozważania Odwołującego o warunkach koniecznych i wystarczających do udzielenie zamówienia w trybie art. 214 ust. 1 pkt 11 ustawy Pzp. Gdyby ustawodawca rzeczywiście uznawał warunki określone w art. 214 ust. 1 pkt 11 ustawy Pzp za warunki minimalne, to taki zapis zostałby zawarty w omawianym przepisie ustawy Pzp. Interpretacja zaproponowana przez Odwołującego jest, zdaniem Izby, interpretacją contra legem. Po trzecie Izba wskazuje, że w art. 214 ust. 1 ustawodawca nie uzależnił udzielenia zamówienia z wolnej ręki od pozytywnej oceny analizy potrzeb i wymagań Zamawiającego. W art. 83 ustawy Pzp ustawodawca nie przewidział żadnej sankcji za niewykonanie czy nieprawidłowe wykonanie analizy. Tym samym, nie sposób uznać, że rzekome nieprawidłowości w analizie przygotowanej przez Zamawiającego rodzą ten skutek, że Zamawiający nie może udzielić

zamówienia z wolnej ręki. Takiej sankcji ustawodawca nie przewidział w żadnym przepisie ustawy Pzp. Nieuprawnionym zaś zdaniem Izby jest wyinterpretowanie tak istotnych konsekwencji i sankcji względem Zamawiającego z ogólnych przepisów ustawy Pzp. Po czwarte, przywołana przez Odwołującego zasada efektywności z art. 17 ustawy Pzp doznaje ustawowego ograniczenia w świetle art. 214 ustawy Pzp. Zdaniem Izby, dopuszczając możliwość udzielenia zamówienia w trybie art. 214 ust. 1 pkt 11 i określając szczegółowo konieczne przesłanki do zastosowania tego trybu, bez odesłania do art. 17 ustawy Pzp, ustawodawca ograniczył zastosowanie ogólnej zasady efektywności wskazanej w art. 17 ustawy Pzp do wykazania przesłanek określonych w art. 214 ust. 1 pkt 11 ustawy Pzp.

Izba podkreśla raz jeszcze, że ustawodawca w żaden sposób nie powiązał poprawności Analizy potrzeb i wymagań Zamawiającego z możliwością zastosowania art. 214 ust. 1 pkt 11 ustawy Pzp. Argumentacja Odwołującego dotyczącą rzekomych uchybień co do zakresu i szczegółowości takiej analizy jest, zdaniem Izby, bez znaczenia dla sprawy. Przedmiotem oceny Izby jest spełnienie przez Zamawiającego przesłanek zastosowanie trybu udzielenia zamówienia z art. 214 ust. 1 pkt 11 ustawy Pzp. Jak Izba wskazał powyżej, przesłanki te zostały spełnione przez Zamawiającego, tym samym nie sposób postawić Zamawiającemu skutecznego zarzutu naruszenia ogólnych przepisami ustawy Pzp, do których nie odsyła przepis art. 214 ustawy Pzp i z których nie wynika jakakolwiek sankcja dotyczące ewentualnych uchybień Zamawiającego w analizie.

Na marginesie Izba wskazuje, że Odwołujący kwestionując wyliczenia kosztów realizacji zadania z uwagi na nieporównywalność danych, pomija okoliczność, że Zamawiający przez okres ostatnich lat dokonywał wyboru wykonawcy w trybie konkurencyjnym. Zamawiający ma wiedzę i doświadczenie co do kosztów realizacji takich inwestycji przez podmioty trzecie. Taka wiedzę nabył organizując poprzednie postępowania przetargowe. Oczywistym dla Izby jest to, że uwarunkowania jakie Zamawiający stawia podmiotom trzecim w ramach procedury konkurencyjnej są inne od tych, które stawia spółce komunalnej, której jest właścicielem. Wynika to choćby z faktu, że celem działalności spółki komunalnej nie jest działalność zarobkowa, ale zaspokajanie potrzeb publicznych. Ponadto zdaniem Izby, Odwołujący nie wykazał w żaden sposób, że przyjęte przez Zamawiającego koszty realizacji zamówienia przez wykonawcę PWiK są kosztami nieracjonalnymi czy zaniżanymi. Bez znaczenia dla sprawy są rozważania i hipotetyczne założenia Odwołującego co do posiadanych zasobów sprzętowych przez wykonawcę PWiK. Okoliczności na jakie powołuje się Odwołujący, wykonawca nie wykazał. Ponadto, nawet jeśli wykonawca PWiK nie posiada wymaganego pozwolenia wodnoprawnego na wprowadzanie do urządzeń kanalizacyjnych będących własnością innych podmiotów ścieków przemysłowych zawierających substancje szczególnie szkodliwe dla środowiska, to Odwołujący nie wykazał, iż takie pozwolenia nie może uzyskać przed rozpoczęciem realizacji zamówienia. Ponadto, posiadanie takiego pozwolenia jak i sprzętu na jaki powołuje się Odwołujący nie stanowi elementu wykazania zasadności zastosowania trybu z art. 214 ust. 1 pkt 11 ustawy Pzp.

Należy wskazać, że ani na gruncie dyrektywy 2014/24/UE ani na gruncie art. 214 ust. 1 pkt 11 Pzp ustawodawca nie odsyła do ogólnych przepisów, które zakładają udział w postepowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wielu, konkurujących ze sobą podmiotów. Jak wskazał Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 11 czerwca 2021 r. w sprawie o sygnaturze akt XXIII Zs 27/21, zamówienie publiczne z wolnej ręki w trybie in-house, jest udzielane z pominięciem rozeznania rynku, w tym analogicznych ofert innych podmiotów działających na rynku. Orzeczenie to, zdaniem Izby, choć wydane w odniesieniu do przepisów nieobowiązującej już ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 29 stycznia 2004 roku, zachowuje swoją aktualność pod rządami obecnej ustawy Pzp.

Zdaniem Izby, w analizowanym stanie faktycznym, nie można również uznać za zasadny zarzut naruszenia art. 84 ust. 1 ustawy Pzp. Przepis nie obliguje Zamawiającego do przeprowadzenia wstępnych konsultacji rynkowych. Nie sposób zatem wywodzić na jego podstawie sankcji wobec Zamawiającego za zastosowanie art. 214 ust. 1 pkt 11 ustawy Pzp.

Odnosząc się do naruszenia art. 16 ust. 1 Pzp Izba wskazuje, że w sytuacji udzielenia

zamówienia z wolnej ręki przepis ten nie zostaje naruszony, 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. Udzielenie zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 214 ust 1 pkt 11 Pzp stanowi jeden z ustawowych przypadków - wyjątków od zasady prymatu trybów konkurencyjnych. Brak jest 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 dnia 21 kwietnia 2017 r., sygn. akt KIO 625/17; wyrok z dnia 7 lutego 2017 r., sygn. akt KIO 96/17, wyrok SO w Warszawie z dnia 11 czerwca 2021 r., sygn. akt XXIII Zs 27/21). Obowiązkiem zamawiającego, mającego zamiar udzielenia zamówienia w niekonkurencyjnym trybie 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 okoliczności. Zdaniem Izby, kumulatywne ziszczenie się warunków wskazanych w art. 214 ust 1 pkt 11 Pzp powoduje, że w sytuacji udzielenia zamówienia z wolnej ręki, nie dochodzi do naruszenia art. 16 pkt 1 Pzp.

Z uwagi na powyższe orzeczono jak na wstępie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania oraz na podstawie § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący: .....

Członkowie: