

WYROK
z dnia 7 lutego 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agata Mikołajczyk
Członkowie: Jolanta Markowska
Aneta Młacka

Protokolant: Sylwia Jankowska

po rozpoznaniu na rozprawie z udziałem stron w dniach 25 stycznia oraz 27 stycznia i 3 lutego 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 stycznia 2017 r. przez odwołującego - **Trans - Formers Karpatia Spółka z o.o., ul. Odległa 8, 33-100 Tarnów** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego – **Gmina Miasta Tarnowa, ul. Mickiewicza 6, 33-100 Tarnów,**

przy udziale:

- A. wykonawców: **Remondis Kraków Spółka z o.o., ul. Półnaki 64, 30-740 Kraków** oraz **AVR Spółka z o.o., ul. Józefa Dietla 93/4, 31-031 Kraków**, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego;
- B. wykonawcy **Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o., ul. Okrężna 11, 33-100 Tarnów**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. **Oddala odwołanie;**
2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego - **Trans - Formers Karpatia Spółka z o.o., ul. Odległa 8, 33-100 Tarnów** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego **Trans - Formers Karpatia Spółka z o.o., ul. Odległa 8, 33-100 Tarnów** tytułem wpisu od odwołania.

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

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

Uzasadnienie

Odwołanie zostało wniesione przez spółkę – **Trans - Formers Karpatia spółka z o.o.** z siedzibą w Tarnowie i dotyczy planowanego udzielenia zamówienia publicznego przez Gminę Miasta Tarnowa [Zamawiający] w trybie zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust.1 pkt 12 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych [Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.] [ustawa Pzp], którego przedmiotem jest „Świadczenie usług w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy oraz od właścicieli nieruchomości, na których w części zamieszkują mieszkańcy, a w części nie zamieszkują mieszkańcy, a powstają odpady komunalne,

znajdujących się na terenie Gminy Miasta Tarnowa" [nr referencyjny: WIM 271.1.2017].
Ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy zostało opublikowane w Biuletynie Informacji Publicznej Urzędu Miasta Tarnowa w dniu 3 stycznia 2017 r. Wnoszący odwołanie [Odwołujący] zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, wskazując na bezpodstawne uznanie, że zachodzą przesłanki do udzielenia zamówienia z wolnej ręki, podczas gdy Zamawiający nie wykazał, że udzielane w tym trybie zamówienie nie narusza zasad konkurencji wynikających z art. 49, art. 56, art. 102 i art. 106 TFUE (na konieczność czego, wskazuje pro unijna interpretacja przepisów Pzp), co w konsekwencji będzie prowadziło do nieuzasadnionego preferowania tylko jednego z wykonawców zainteresowanych zamówieniem publicznym z pominięciem innych wykonawców działających na rynku właściwym.
Odwołujący stwierdził, że w przypadku przyjęcia przez Izbę, że dla zgodnego z przepisami Pzp wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 12 Pzp nie jest konieczne wykazywanie przez Zamawiającego, że udzielane w tym trybie zamówienie nie narusza zasad konkurencji, zarzucił następnie naruszenie:
2. art. 67 ust. 1 pkt 12 Pzp w zw. z art. 67 ust. 8 Pzp oraz art. 67 ust. 9 Pzp, wskazując na bezpodstawne uznanie, że zachodzą przesłanki do udzielenia zamówienia z wolnej ręki, podczas gdy Zamawiający nie wykazał zaistnienia przesłanki uprawniającej do zastosowania trybu z wolnej ręki na podstawie tego przepisu dotyczącej procentu działalności wykonywanej przez podmiot, któremu udziela się zamówienia, na rzecz zamawiającego sprawującego nad nim kontrolę i bezzasadnie przyjął, że opisane w ogłoszeniu o zamiarze udzielenia zamówienia okoliczności mogą być uznane za „reorganizację”, o której mowa w art. 67 ust. 9 Pzp.
Odnosnie tego zarzutu także stwierdził, że w przypadku przyjęcia przez Izbę, że Zamawiający prawidłowo uznał wskazane w ogłoszeniu o zamiarze udzielenia zamówienia

3

okoliczności, dotyczące MPGK, jako reorganizację, o której mowa w art. 67 ust. 9 Pzp, wówczas zarzucił naruszenie:

3. art. 67 ust. 1 pkt 12 Pzp w zw. z art. 67 ust. 8 Pzp oraz art. 67 ust. 9 Pzp, wskazując na bezzasadne przyjęcie, że dane dotyczące średniego przychodu za 3 lata poprzedzające udzielenie zamówienia dotyczące MPGK są nieadekwatne i w związku z tym, procent działalności wykonywanej przez MPGK na potrzeby zastosowania trybu z wolnej ręki można ustalić za pomocą wiarygodnych prognoz handlowych, podczas gdy przedstawione w ogłoszeniu dane są adekwatne i wyraźnie pokazują, że nie została spełniona przesłanka uprawniająca do zastosowania przez Zamawiającego trybu z wolnej ręki wskazana w art. 67 ust. 1 pkt 12 lit. b) Pzp.
Wskazał ponadto na naruszenie:
4. art. 67 ust. 1 pkt 12 Pzp w związku z art. 6c ust. 2a ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach („UCPG”) wskazując na bezpodstawne uznanie, że zachodzą przesłanki do udzielenia zamówienia z wolnej ręki, podczas gdy przedmiotem postępowania jest odbiór odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, na których w części nie zamieszkują mieszkańcy, które to nieruchomości objęte są na podstawie art. 6c ust. 2a UCPG ustawowym obowiązkiem przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego, co w konsekwencji doprowadziło do obejścia przepisów UCPG.
5. art. 67 ust. 1 pkt 12 Pzp w związku z art. 7 ust. 1 Pzp oraz art. 18 Dyrektywy 2014/24/UE w związku z art. 4 pkt 1 lit. a) i z art. 9 ust. 2 pkt 5 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów („UOKiK”) wskazując na wszczęcie postępowania w trybie niekonkurencyjnym i sprzecznym z zasadami konkurencji stanowiącym nadużycie przez Zamawiającego pozycji dominującej na rynku właściwym wyrażającym się w przeciwdziałaniu ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji.

W związku ze wskazanymi zarzutami wniósł o: (1) merytoryczne rozpatrzenie przez Krajową Izbę Odwoławczą odwołania i jego uwzględnienie w całości; (2) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia Postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp, ponieważ jest ono obarczone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, polegającą na wszczęciu

Postępowania w trybie niekonkurencyjnym, pomimo niespełnienia przesłanek ustawowych zezwalających na zastosowanie takiego trybu a wada ta nie może usunięta w inny sposób;
(3) zasądzenie na jego rzecz kosztów postępowania odwoławczego.

Odwołujący podał, że zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp zaskarżone czynności naruszają interes wykonawcy w uzyskaniu zamówienia, z uwagi na niezasadne zastosowanie przez

4

Zamawiającego trybu zamówienia z wolnej ręki z pominięciem innych zainteresowanych wykonawców, w tym Odwołującego. Bezpośrednim następstwem dokonanych naruszeń przepisów Pzp jest szkoda w majątku Odwołującego w postaci braku możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia, do którego wykonywania Odwołujący jest w pełni zdolny i deklaruje taką gotowość. W przypadku uznania przez KIO zasadności odwołania, a następnie po dokonaniu przez Zamawiającego żądanych czynności, Odwołujący będzie mógł uzyskać przedmiotowe zamówienie, co niewątpliwie jest zgodne z jego interesem.

W uzasadnienie zarzutów, wskazał na okoliczności faktyczne i prawne odwołania oraz dowody na ich poparcie:

1. Stan faktyczny

1.1. Zamawiający wszczął Postępowanie w trybie zamówienia z wolnej ręki, którego przedmiotem jest świadczenie usług w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy oraz od właścicieli nieruchomości, na których w części zamieszkują mieszkańcy, a w części nie zamieszkują mieszkańcy, a powstają odpady komunalne, znajdujących się na terenie Gminy Miasta Tarnowa.

1.2. Informację o tym, że Postępowanie zostało wszczęte Zamawiający zamieścił w dniu 3 stycznia 2017 r. na stronie internetowej Biuletynu Informacji Publicznej poprzez publikację Ogłoszenia. Dowód: Ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy z 3 stycznia 2017 r. (Załącznik nr 6 do niniejszego odwołania).

1.3. W treści Ogłoszenia, Zamawiający wskazał, jako podstawę skorzystania z trybu zamówienia z wolnej ręki, na art. 67 ust. 1 pkt 12 i ust. 9 zp. Zgodnie z treścią pierwszego z przywołanych przepisów, Zamawiający stwierdził, że może udzielić zamówienia w trybie z wolnej ręki osobie prawnej jeżeli:

1.3.1. 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,

1.3.2. ponad 90% działalności tej osoby prawnej dotyczy wykonywania zadań powierzonych jej przez zamawiającego sprawującego kontrolę,

1.3.3. w kontrolowanej osobie prawnej nie ma bezpośredniego udziału kapitału prywatnego.

1.4. Zamawiający wskazał, że podmiotem, któremu zamierza udzielić zamówienia jest Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowie („MPGK” lub „Spółka”).

1.5. Zamawiający szczegółowo wykazał w Ogłoszeniu spełnienie przesłanki opisanej w punkcie 1.3.1 oraz 1.3.3 powyżej.

1.6. W odniesieniu zaś do przesłanki z punktu 1.3.2 Zamawiający wskazał, że wykazanie jej spełnienia powinno nastąpić przy uwzględnieniu art. 67 ust. 9 Pzp (w treści Ogłoszenia

5

błędnie wskazano na art. 67 ust. 12 Pzp), zgodnie z którym w przypadku reorganizacji podmiotu, któremu powierza się wykonanie zamówienia, można posłużyć się wiarygodnymi prognozami handlowymi jeżeli dostępne dane dotyczące przychodu za ostatnie 3 lata poprzedzające udzielenie zamówienia są niedostępne lub nieadekwatne.

1.7. Na potwierdzenie powyżej wskazanych okoliczności, Zamawiający wskazał, że w MPGK przeprowadzono reorganizację zmierzającą do ograniczenia świadczenia przez ten podmiot usług komercyjnych do poziomu poniżej 10%. Działania objęte zbiorczym mianem „reorganizacja” zostały kolejno wymienione.

1.8. Po pierwsze, MPGK z dniem 31 grudnia 2016 r. zaprzestała świadczenia usług odbioru odpadów komunalnych z innych gmin niż Gmina Miasta Tarnowa.

1.9. Po drugie, dokonano zmiany umowy spółki MPGK dodając między innymi postanowienia dotyczące wykonywania przez Spółkę na rzecz Zamawiającego organizowania i

prowadzenia odbioru odpadów komunalnych z terenu miasta Tarnowa oraz wyłączono prawo pobierania przez wspólników dywidendy w okresie powierzenia jej wykonywania zadań użyteczności publicznej.

1.10. Po trzecie, dokonano zmiany regulaminu organizacyjnego dostosowującej strukturę organizacyjną MPGK do świadczenia usług głównie na rzecz Zamawiającego.

1.11. Po czwarte, podjęto szereg czynności organizacyjnych oraz faktycznych zmierzających do objęcia świadczeniem usług odbioru odpadów komunalnych z terenu miasta Tarnowa, takich jak: nabycie pojemników na odpady odpowiadających specyfice zamówienia, rozpoczęcie procedury zakupu samochodów specjalistycznych w celu unowocześnienia posiadanego taboru oraz zatrudnienie dodatkowych pracowników operacyjnych.

1.12. W konsekwencji uznania powyżej wskazanych okoliczności za potwierdzające przeprowadzenie reorganizacji MPGK, Zamawiający przyjął, że dane dotyczące przychodu MPGK za ostatnie 3 lata poprzedzające udzielenie zamówienia są nieadekwatne (dotyczą działalności MPGK sprzed reorganizacji).

1.13. W związku z powyższym, Zamawiający uznał, że na potrzeby wykazania procentu działalności wykonywanej przez MPGK dla zastosowania trybu z wolnej ręki ten wskaźnik można ustalić za pomocą wiarygodnych prognoz handlowych. Dane te zostały opisane w treści Ogłoszenia.

1.14. Zamawiający uznał, że wykazał wszelkie przesłanki do zastosowania trybu z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 12 Pzp.

2. Zarzut zaniechania wykazania braku naruszenia zasad konkurencji

2.1. Ze względu na wartość zamówienia i jego zakres przedmiotowy, podlega ono przepisom Pzp oraz Dyrektywy 2014/24/UE.

6

2.2. Zgodnie z art. 12 ust. 1 Dyrektywy 2014/24/UE zamówienia publiczne udzielone przez instytucję zamawiającą osobie prawa prywatnego lub publicznego przy spełnieniu opisanych w tym artykule przesłanek nie są objęte zakresem stosowania tej dyrektywy.

2.3. Inaczej mówiąc, Dyrektywy 2014/24/UE nie stosuje się do tego typu umów, choć w dalszym ciągu stanowią one „zamówienie publiczne”, co jednoznacznie wynika z treści art. 12 ust. 1 Dyrektywy 2014/24/UE.

2.4. Z punktu widzenia prawa unijnego, co wynika z orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, zamówienia publiczne nieobjęte przepisami prawa wtórnego (dyrektywami) w dalszym ciągu podlegają przepisom TFUE. Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej wskazuje, że choć udzielenie tego rodzaju zamówień nie podlega przepisom żadnej z dyrektyw, w których ustawodawca unijny uregulował udzielanie zamówień publicznych, to wpływ prawa unijnego na ich udzielanie rozpatrywać trzeba w świetle prawa pierwotnego, a w szczególności w świetle podstawowych swobód ustanowionych w TFUE.

2.5. W konsekwencji, samo wyłączenie spod przepisów Dyrektywy 2014/24/UE nie jest wystarczające do uznania, że nie ma konieczności analizy danego przypadku w kontekście regulacji TFUE, w szczególności wspomnianych w motywie pierwszym preambuły do Dyrektywy 2014/24/UE zasad swobody przedsiębiorczości (art. 49 TFUE) oraz swobody świadczenia usług (art. 56 TFUE), a także z zasadami, które się z nich wywodzą, takimi jak: zasada równego traktowania, zasada niedyskryminacji, zasada wzajemnego uznawania, zasada proporcjonalności oraz zasada przejrzystości. Odwołujący zwraca przy tym uwagę, że chodzi tu o uwzględnienie całości przepisów prawa pierwotnego (TFUE), a nie tylko wybranych i wskazanych przykładowo regulacji. Obejmuje to zatem również przepisy dotyczące reguł konkurencji określone w art. 101-108 TFUE, w szczególności art. 102 zakazującego nadużywania pozycji dominującej oraz art. 106 i 107 dotyczących pomocy publicznej.

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

TFUE.

2.7. Ustawodawca polski zdecydował o objęciu tego rodzaju zamówień (określanych, jako zamówienia In-house) przepisami Pzp. Przewidział przy tym, że do ich udzielania można stosować procedurę zamówienia z wolnej ręki.

7

2.8. Należy jednak wskazać, że z punktu widzenia prawa unijnego istnieje zasadnicza różnica pomiędzy zamówieniami, które są udzielane w trybie negocjacji bez ogłoszenia (stanowiącymi podstawę dla art. 62 i 67 Pzp) na podstawie art. 32 Dyrektywy 2014/24/UE, a zamówieniami nieobjętymi przepisami Dyrektywy 2014/24/UE.

2.9. O ile w przypadku tych pierwszych istnieje domniemanie zgodności ich udzielania bez procedury konkurencyjnej z przepisami TFUE, o tyle w przypadku tych drugich takiego domniemania być nie może.

2.10. W art. 32 Dyrektywy 2014/24/UE wskazuje się na przesłanki dla skorzystania z procedury bez uprzedniej publikacji ogłoszenia o zamówieniu, tj. dla procedury negocjacji bez ogłoszenia. Przesłanki te zostały przewidziane w ust. 2–5 tego przepisu.

2.11. Przesłanki wskazane w art. 32 ust. 2-5 Dyrektywy 2014/24/UE są enumeratywne, co oznacza, że ani państwa członkowskie ani zamawiający nie są uprawnieni do odstępiania od udzielenia zamówienia publicznego bez publikacji ogłoszenia w innych niż opisane w tym przepisie przypadkach. Wskazuje na to jednoznacznie art. 26 ust. 5 Dyrektywy 2014/24/UE, zgodnie z którym w szczególnych przypadkach i okolicznościach wyraźnie określonych w art. 32 państwa członkowskie mogą postanowić, że instytucje zamawiające mogą stosować procedurę negocjacyjną bez uprzedniej publikacji zaproszenia do ubiegania się o zamówienie. Państwa członkowskie nie zezwalają na stosowanie tej procedury w żadnych innych przypadkach niż opisane w art. 32.

2.12. W każdej sytuacji innej niż opisana w art. 32 ust. 2-5 Dyrektywy 2014/24/UE, zamawiający są zatem zobowiązani stosować szczegółowo opisane procedury przewidziane w jej art. 26 ust. 2 - 4, tj. procedury z publikacją ogłoszenia.

2.13. W przypadku zaś zamówień wyłączonych spod Dyrektywy 2014/24/UE - jak zostało już wskazane - zarówno państwa członkowskie wprowadzające odpowiednie regulacje krajowe, jak i sami zamawiający udzielający poszczególnych zamówień, są zobowiązani do przestrzegania przepisów TFUE. Dotyczy to w oczywisty sposób również zamówień, o których mowa w art. 12 ust. 1 Dyrektywy 2014/24/UE.

2.14. Decyzja prawodawcy unijnego o wskazaniu określonych sytuacji, jako możliwych dla udzielenia zamówień bez publikacji ogłoszenia, a zatem z wyłączeniem podstawowych zasad konkurencji, jest podyktowana wyjątkowym charakterem tych przypadków.

2.15. W rzeczywistości bowiem, spełnienie przesłanek wskazanych w art. 32 ust. 2-5 Dyrektywy 2014/24/UE umożliwiających udzielenia zamówienia z wyłączeniem konkurencyjności pozwala na przyjęcie domniemania zgodności nie tylko z Dyrektywą 2014/24/UE, ale również z przepisami TFUE.

2.16. Na taką interpretację wskazuje jednoznacznie Komisja Europejska („KE”) w wydanym 30 listopada 2016 r. „Przewodniku dotyczącym zamówień udzielanych przez rząd innemu rządowi w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa („Przewodnik”). Zamówienia te (podobnie

8

jak zamówienia, o których mowa w art. 12 ust. 1 Dyrektywy 2014/24/UE) są wyłączone spod Dyrektywy 2009/81/WE na podstawie jej art. 13 lit. f), stąd zasadne będzie odwołanie się do interpretacji KE.

2.17. Jak wskazuje KE w Przewodniku, decyzja o udzieleniu zamówienia oparta na wyłączeniu powinna być poprzedzona właściwą analizą.

2.18. Dalej, KE w Przewodniku wyjaśnia, że analiza taka powinna, w szczególności określać, czy na rynku nie ma konkurencji lub jest ona nie do uzyskania, czy też przeciwnie, istnienie konkurencji jest faktem.

2.19. Jednym z elementów takiej analizy powinny być konsultacje rynkowe.

2.20. Dopiero na bazie takiej analizy, z której wynikałoby, że udzielenie zamówienia właśnie temu wykonawcy (w przypadku Przewodnika - rządowi innego kraju, w przypadku art. 12 ust. 1 Dyrektywy 2014/24/UE - podmiotowi spełniającemu przesłanki wskazane w pkt a) - c) tego artykułu) jest jedynym lub najlepszym rozwiązaniem zapewniającym zamawiającemu realizację jego celów, możliwe jest dalsze procedowanie.

2.21. Co ciekawe, KE wskazuje również przykłady sytuacji, które pozwalają uznać, że na rynku nie ma konkurencji lub jest ona nie do uzyskania. Podkreśla, że może to mieć miejsce w przypadku istnienia wyłącznie jednego podmiotu, który ze względów technicznych może wykonać zamówienie, pilnej potrzeby, zamówień dodatkowych lub uzupełniających.

2.22. Są to zatem przesłanki przewidziane w Dyrektywie 2014/24/UE (jak również w Dyrektywie 2009/81/WE) dla skorzystania z trybu negocjacji bez ogłoszenia (wolnej ręki w rozumieniu Pzp).

2.23. W konsekwencji, do udzielania zamówienia, o których mowa w art. 67 ust. 1 pkt 12 Pzp w trybie z wolnej ręki nie wystarczy spełnienie przesłanek wskazanych w tym przepisie.

Konieczne jest również to, aby zamówienie takie było zgodne z wymogami TFUE.

Jednocześnie zamówienie takie nie korzysta z domniemania zgodności z TFUE, jest bowiem zamówieniem wyłączonym spod zakresu stosowania Dyrektywy 2014/24/UE, a co za tym idzie, nie spełnia przesłanek gwarantujących możliwość korzystania z tego domniemania (zamknięty katalog z art. 32 ust. 2-5 Dyrektywy 2014/24/UE). W praktyce oznacza to konieczność każdorazowego sprawdzania, czy w danych okolicznościach faktycznych zamówienie, którego zamawiający planuje udzielić na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 12 Pzp nie narusza TFUE.

2.24. W celu zachowania zgodności z TFUE, ustawodawca polski regulując zamówienia, o których mowa w art. 12 ust. 1 Dyrektywy 2014/24/UE i przewidując dla nich tryb zamówienia z wolnej ręki przewidział specjalny mechanizm weryfikacji (analizy) tej zgodności w zakresie sytuacji rynkowej odpowiadający wymogom, o których mowa wyżej. Mechanizm ten został zawarty w art. 67 ust. 11 Pzp.

9

2.25. Wymóg publikacji ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy ma na celu weryfikację sytuacji na rynku w zakresie planowanego zamówienia. Zamawiający informuje o swym zamiarze skorzystania z art. 67 ust. 1 pkt 12 Pzp i dopiero po 14 dniach od zamieszczenia takiej informacji jest uprawniony do zawarcia umowy ze wskazanym w ogłoszeniu podmiotem, co wynika z art. 67 ust. 12 Pzp.

2.26. Jednak w przypadku, gdy okaże się, że zainteresowanie przedmiotowym zamówieniem wyrażą inne podmioty, udzielenie takiego zamówienia w trybie z wolnej ręki nie będzie możliwe. Nie zostaną bowiem w tym przypadku spełnione wymogi zachowania zgodności z TFUE. Konieczne będzie wówczas skorzystanie z innych trybów przewidzianych w ustawie Pzp, przede wszystkim z trybów podstawowych przewidzianych w art. 10 ust. 1 Pzp.

2.27. Zamawiający, jako organizator usług użyteczności publicznej, w tym usług w zakresie odbierania odpadów komunalnych, zna stan konkurencji na rynku i wie, że poza MPGK działa na nim obecnie jeszcze trzech przedsiębiorców zdolnych realizować zamówienie, tj. Odwołujący, Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych van Gansewinkel Kraków Sp. z o.o. (od 22 października 2015 r. - Remondis Kraków sp. z o.o.) oraz AVR Spółka z o.o. Informacje wynikają z udzielanych przez Zamawiającego zamówień na odbieranie odpadów komunalnych.

2.28. Tym samym, za sprzeczne z przepisami Pzp, w tym art. 7 ust. 1 Pzp i art. 10 ust. 1 i 2 Pzp jak również z przepisami Dyrektywy 2014/24/UE, w tym jej art. 18 oraz art. 26 ust. 1a, a także z zasadami swobody przedsiębiorczości i swobody świadczenia usług wyrażonymi w art. 49 i art. 56 TFUE należy uznać zachowanie Zamawiającego, który zamierza udzielić przedmiotowego zamówienia w oderwaniu od sytuacji panującej na rynku, na którym ma zostać udzielone przedmiotowe zamówienie, w tym od istnienia rzeczywistej konkurencji, która pozwala na wybór podmiotu, któremu zamawiający powierzy realizację zamówienia publicznego w sposób konkurencyjny.

2.29. Przyjęcie odmiennej interpretacji stałoby w sprzeczności z wymogami prowadzenia postępowań o zamówienie publiczne zgodnie z zasadami uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Wykładnia przepisów nie powinna sprowadzać się do szukania sensu poszczególnych wyrazów, lecz powinna szukać rzeczywistego sensu poszczególnych zdań, co wymaga jej połączenia z analizą celu regulacji prawnej.

2.30. Ponadto, odmienna od wskazanej powyżej interpretacja pozbawiałaby w rzeczywistości jakiegokolwiek znaczenia prawnego obowiązków dotyczących publikacji ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy przewidzianego w art. 67 ust. 12 Pzp oraz braku możliwości zawarcia umowy w terminie 14 dni od dnia zamieszczenia takiego ogłoszenia.

Niedopuszczalne zaś jest ustalanie znaczenia norm prawnych w taki sposób, aby pewne ich

3. Zarzut nieprawidłowego uznania wskazanych w Ogłoszeniu okoliczności za reorganizację.

3.1. Zgodnie z art. 67 ust. 1 pkt 12 Pzp możliwość udzielenia zamówienia, osobie prawnej istnieje, 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.

3.2. Zgodnie z zasadą wyrażoną w art. 67 ust. 8 Pzp - do obliczania procentu działalności uwzględnia się średni przychód osiągnięty przez osobę prawną lub zamawiającego w odniesieniu do usług, dostaw lub robót budowlanych za 3 lata poprzedzające udzielenie zamówienia.

3.3. Natomiast art. 67 ust. 9 Pzp przewiduje wyjątek od powyższej zasady wskazując, że w przypadku, gdy ze względu na dzień utworzenia lub rozpoczęcia działalności przez osobę prawną lub zamawiającego lub reorganizację ich działalności dane dotyczące średniego przychodu za 3 lata poprzedzające udzielenie zamówienia są niedostępne lub nieadekwatne, procent działalności ustala się za pomocą wiarygodnych prognoz handlowych.

3.4. Analogiczne do zawartych w art. 67 ust. 8 i ust. 9 Pzp przepisy znajdują się w art. 12 ust. 5 Dyrektywy 2014/24/UE.

3.5. Mając na względzie powyższe w celu stwierdzenia, czy mamy do czynienia ze spełnieniem przesłanki, o której mowa w art. 67 ust. 1 pkt 12 lit. b) Pzp w związku z ust. 9 tego artykułu (a to te przepisy zostały przywołane w Ogłoszeniu) powinny zostać spełnione dwa warunki: (a) po pierwsze musi mieć miejsce utworzenie, rozpoczęcie lub reorganizacja działalności osoby prawnej lub zamawiającego; (b) po drugie dane dotyczące średniego przychodu za ostatnie 3 lata powinny być niedostępne lub nieadekwatne ze względu na dzień ww. utworzenia, rozpoczęcia lub reorganizacji działalności.

3.6. Zamawiający w przedmiotowym stanie faktycznym powołuje się na reorganizację działalności MP GK, jako podstawę uzasadniającą zastosowanie art. 67 ust. 9 Pzp. Wobec powyższego wymaga rozważenia jak należy rozumieć pojęcie „reorganizacja” na gruncie przepisów Pzp i, czy rzeczywiście miała ona miejsce w przypadku działalności MP GK.

3.7. Na szczególną uwagę zasługuje interpretacja pojęcia „reorganizacja” przedstawiona przez Podsekretarza Stanu w Ministerstwie Rozwoju pana Mariusza Haładyja w odpowiedzi na interpelację poselską nr 6264 w zakresie udzielania tzw. zamówień in-house z dnia 19 września 2016 r. Zdaniem Podsekretarza Stanu za reorganizację w rozumieniu przepisów

11

Pzp należy rozumieć m.in. przekształcenia podmiotowe, reorganizację struktury właścicielskiej, zmianę zakresu działalności. Dowód: (1) Interpelacja poselska nr 6264 w zakresie udzielania tzw. zamówień in-house z dnia 19 września 2016 r.); (2) Odpowiedź na interpelację poselską nr 6264 w zakresie udzielania tzw. zamówień in-house z dnia 17.10 2016 r.

3.8. Zdaniem Odwołującego wskazane jest również odwołanie się do Słownika Języka Polskiego zgodnie z którym „reorganizacja” jest to «zmiana organizacji czegoś, urządzenie czegoś w inny sposób». Podobnie uznał Sąd Okręgowy w Szczecinie w wyroku z dnia 11.01. 2013 r. wskazując, że „reorganizacja” oznacza zorganizowanie czegoś na nowo, w inny sposób, w konsekwencji czego może oznaczać zmianę ilościową lub jakościową lub obie te zmiany łącznie.

3.9. Niezależnie od powyższego wobec braku definicji w ustawie Pzp na cele określenia pojęcia „reorganizacja” najbliższe zdaje się jest pomocnicze odwołanie do Kodeksu pracy, który zawiera pojęcie „reorganizacja zakładu pracy”. Przykładowo wskazano jak poszczególne sądy rozumieją reorganizację na gruncie przepisów prawa pracy: (i) wyrok Sądu Najwyższego z dnia 29 października 2014 r. (sygn. I PK 65/14) - reorganizacja może

zaś polegać na całkowitej likwidacji konkretnych stanowisk pracy i tworzeniu w to miejsce nowych; (ii) wyrok Sądu Rejonowego w Zawierciu z dnia 2 lutego 2016 r. (sygn. IV P 131/15) - z powodu reorganizacji Urzędu Miejskiego w P., polegającej na redukcji zatrudnienia w komórkach organizacyjnych Urzędu Miejskiego w P. (...) likwidacji niektórych komórek organizacyjnych, łączeniu niektórych komórek organizacyjnych w celu komasowania i właściwego obciążenia poszczególnych pracowników obowiązkami, (...); (iii) Wyrok Sądu Rejonowego w Lubaniu z dnia 29 października 2013 r. (sygn. IV P 128/13) - (...) nastąpiła reorganizacja szkół w gminie S. polegająca na stworzeniu dwóch odrębnych kompleksów: szkoły podstawowej i gimnazjum w S. oraz szkoły podstawowej i gimnazjum (...); (iv) wyrok Sądu Rejonowego w Kłodzku z dnia 13 marca 2014 r. (sygn. IV P 371/13) - ze względu na to, że następowała reorganizacja placówki, zmniejszono dotację z organu prowadzącego - zamiast jednej placówki powstały trzy odrębne, które miały działać samoistnie - każda miała odrębnie funkcjonować; (v) wyrok Sądu Okręgowego w Piotrkowie Trybunalskim z dnia 2 lutego 2015 r. (sygn. V Pa 12/14) - reorganizacja polegająca na przekazaniu części wykonywanych usług podmiotom zewnętrznym, co wiąże się z obniżeniem kosztów działalności spółki, ale i redukcją zatrudnienia.

3.10. Zgodnie ze stanowiskiem wyrażonym w doktrynie – przykładowo - reorganizacja zakładu pracy może prowadzić: do likwidacji komórki organizacyjnej w wyniku czego pracownicy z takimi kwalifikacjami, jakie zdobywa dany młodociany, nie będą już potrzebni pracodawcy, albo do całkowitej zmiany dotychczasowego profilu produkcji.

12

3.11. Na uwagę zasługują nie tylko wykładnia językowa omawianego przepisu, ale również wykładnia funkcjonalna. Brzmienie art. 67 ust. 9 Pzp pozwala na stwierdzenie, iż w myśl intencji ustawodawcy reorganizacja, o której jest mowa w tym przepisie, w swoich skutkach powinna być porównywalna do sytuacji spółki na dzień utworzenia lub rozpoczęcia działalności, a zatem chodzi wyłącznie o kluczowe zmiany organizacyjne.

3.12. Przeglądając powyższe rozważania teoretyczne na przedmiotowy stan faktyczny w dalszej części Odwołujący chciałby odnieść się do działań podjętych w ramach rzekomej reorganizacji MPGK. Zdaniem Zamawiającego na reorganizację działalności MPGK składały się następujące działania: (i) nie przystępowanie w 2016 r. do przetargów na odbiór odpadów komunalnych z okolicznych gmin w efekcie czego z dniem 31 grudnia 2016 r. Spółka zaprzestała świadczenia usług odbioru odpadów komunalnych z innych gmin niż Gmina Miasta Tarnowa; (ii) dokonanie zmiany umowy spółki MPGK poprzez dodanie m.in. postanowienia dotyczącego wykonywania przez Spółkę na rzecz Gminy Miasta Tarnów organizowania i prowadzenia odbioru odpadów komunalnych z terenu miasta Tarnów oraz wyłączenie prawa pobierania przez wspólników dywidendy w okresie powierzenia jej wykonywania zadań użyteczności publicznych; (iii) dokonanie zmiany regulaminu organizacyjnego dostosowującego strukturę organizacyjną Spółki do świadczenia usług głównie na rzecz Gminy Miasta Tarnowa; (iv) podjęcie szeregu czynności organizacyjnych oraz faktycznych zmierzających do objęcia świadczeniem usług odbioru odpadów komunalnych z terenu Miasta Tarnowa, takich jak: nabycie pojemników na odpady odpowiadających specyfice zamówienia, rozpoczęcie procedury zakupu samochodów specjalistycznych w celu unowocześniania posiadanego taboru oraz zatrudnienie dodatkowych pracowników operacyjnych.

3.13. Odnosząc się do wyżej wymienionych działań Odwołujący zwraca uwagę na następujące okoliczności.

3.14. Zamawiający twierdzi, że w 2016 r. MPGK nie przystępowała do przetargów na odbiór odpadów komunalnych z okolicznych gmin. O tym, że powyższa informacja jest nieprawdziwa świadczy okoliczność złożenia przez MPGK oferty w 2016 r. w postępowaniu o udzieleniu zamówienia publicznego prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na zadanie pn.: Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych z terenu Gminy Dębno w miejscowości Dębno. Dowód: Informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 9 maja 2016 r.

3.15. Ponadto na dzień złożenia odwołania z komunikatu na stronie internetowej MPGK nie wynika, żeby Spółka świadczyła swoje usługi w zakresie wywozu odpadów komunalnych wyłącznie na terenie miasta Tarnowa. Dowód: Informacja ze strony internetowej MPGK dotycząca miejsca świadczenia usług wywozu odpadów komunalnych.

3.16. Zmiana umowy spółki MPGK również budzi istotne zastrzeżenia, gdyż zgodnie z informacją zawartą w krajowym rejestrze sądowym ostatnia zmiana umowy miała miejsce 25 czerwca 2013 r. Zgodnie z art. 255 §1 Kodeksu spółek handlowych zmiana umowy spółki wymaga uchwały wspólników i wpisu do rejestru. Wpis ma charakter konstytutywny w stosunku zewnętrznym, bowiem dopiero z chwilą wpisu do rejestru uchwały o zmianie umowy spółki zmiana staje się skuteczna. Wobec powyższego nawet, jeżeli zmiana umowy spółki została dokonana jest ona nieskuteczna ze względu na brak wpisu do rejestru. Dowód: Informacja odpowiadająca odpisowi aktualnemu dla MPGK.

3.17. Zamawiający powołuje się też na zmianę regulaminu organizacyjnego dostosowującego strukturę organizacyjną Spółki do świadczenia usług głównie na rzecz Gminy Miasta Tarnowa. Ze względu na brak dostępu do powołanego regulaminu organizacyjnego Odwołujący nie może ustosunkować się do jego zawartości oraz charakteru dokonanych zmian. Aczkolwiek należy zwrócić uwagę, że na stronie Biuletynu Informacji Publicznej (wskazano adres) jest umieszczony schemat organizacyjny będący załącznikiem nr 1 do regulaminu organizacyjnego MPGK. Data dodania wspomnianego schematu a jednocześnie data ostatniej modyfikacji to 8.04.2014 r., natomiast sam schemat organizacyjny jest datowany marcem [bez oznaczonego dnia] 2014 r. Dowód: Informacja ze strony internetowej MPGK dotycząca schematu organizacyjnego Spółki.

3.18. Powyżej wskazana strona internetowa jest systematycznie aktualizowana. Ostatnia aktualizacja miała miejsce w dniu 27 lipca 2016 r., a zatem można domniemywać, iż zmiany dotyczące struktury organizacyjnej Spółki miały miejsce ostatni raz w 2014 r. Dowód: Informacja ze strony internetowej MPGK dotycząca aktualizacji tej strony.

3.19. Nabycie pojemników na odpady jak również zakup samochodów lub nawet zatrudnienie dodatkowych pracowników nie sposób uznać za reorganizację działalności. Zgodnie z informacją zawartą na stronie internetowej Spółki wywóz odpadów stałych jest podstawową działalnością Spółki od początku jej istnienia a zatem posiadanie lub nabycie zaplecza technicznego oraz nowoczesnego sprzętu specjalistycznego jak również zatrudnienie pracowników operacyjnych nie stanowi reorganizacji działalności lecz jest niezbędną czynnością wymaganą od podmiotów świadczących tego rodzaju usługi niezależnie od procesów zachodzących wewnątrz spółki.

3.20. Odwołał się do historii MPGK, zgodnie z którą Spółka od początku swojego istnienia ma za sobą co najmniej dwie reorganizacje. Pierwsza reorganizacja polegała na wydzieleniu pewnych obszarów działalności, tworząc samodzielne przedsiębiorstwa branżowe: Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji, Miejskie Przedsiębiorstwo Autobusowe, Miejską Służbę Drogową, Zarząd Zieleni Miejskiej. Natomiast w wyniku drugiej reorganizacji Miejskie Pralnie zostały przekazane Pralniczej Spółdzielni w Krakowie, a Miejskie Hotele Wojewódzkiemu Przedsiębiorstwu Turystycznemu w Tarnowie. Równocześnie MPGK

przejęło samodzielny dotąd zakład zieleni miejskiej zajmujący się produkcją ogrodniczą kwiatów i krzewów, eksploatacją i konserwacją lasów komunalnych, budową i konserwacją terenów zielonych i parków, sprzedażą kwiatów i materiału szkółkarskiego. Reasumując, nie sposób nie zauważyć, iż działania wymienione przez Zamawiającego w Ogłoszeniu znacząco odbiegają nawet od działań uznawanych za reorganizację przez samą Spółkę na przestrzeni jej historii. Dowód: Informacja ze strony internetowej MPGK dotycząca historii Spółki.

3.21. Tym samym, należy stwierdzić, że działania, o których mowa w Ogłoszeniu nie stanowią „reorganizacji” w rozumieniu art. 67 ust. 9 Pzp. Mogą być one uznane za wyraz decyzji o charakterze biznesowym, które nie prowadzą do zmian w strukturze Spółki i w każdej chwili mogą być zmienione. Dotyczy to również domniemyanych zmian w umowie spółki i regulaminu - tego typu zmiany stanowią pochodne reorganizacji, ale nie o niej świadczą.

3.22. Tego typu działania noszą znamiona czynności pozornych, podejmowanych w celu obejścia przepisów Pzp. Inne przypadki dotyczące czynności podejmowanych w celu obejścia przepisów Pzp były rozpatrywane przez Sąd Najwyższy oraz Krajową Izbę Odwoławczą.

3.23. Jak wskazał Sąd Najwyższy uznanie za zgodne z prawem czynności pozornych,

mających na celu obejście przepisów dotyczących zamówień publicznych [przeczyłoby zasadzie uczciwej konkurencji, leżącej u podstaw zamówień finansowanych ze środków publicznych (por. wyrok SN z dnia 21 listopada 2003 r. V CK 474/02, OSNC 2005, nr 1, poz. 8), a będącej jednym z filarów Traktatu Europejskiego oraz gospodarki Unii Europejskiej i jej krajów członkowskich.

3.24. Również TSUE wskazuje, że osiągnięcie celów, któremu mają służyć regulacje dotyczące zamówień publicznych, a którymi są swobodny przepływ usług i poddanie ich niezakłóconej konkurencji we wszystkich państwach członkowskich, byłoby zagrożone, gdyby instytucje zamawiające mogły stosować wybiegi maskujące polegające na sztucznych konstrukcjach prowadzących do obejścia przepisów ustanowionych w tych regulacjach.

4. Zarzut nieprawidłowego uznania danych dotyczących MPGK, jako nieadekwatnych.

4.1. Nawet jednak w sytuacji, w której Izba uznałaby, że jednak miała miejsce reorganizacja Spółki, to w dalszym ciągu powstaje pytanie, czy został spełniony drugi warunek w postaci niedostępności lub nieadekwatności danych dotyczących średniego przychodu za 3 lata ze względu na tę reorganizację. Należy wyraźnie podkreślić, iż nie każda reorganizacja działalności uzasadnia zastosowanie art. 67 ust. 9 Pzp, lecz tylko ta, ze względu na którą dane z poprzednich lat są niedostępne lub nieadekwatne.

4.2. Przesłanka niedostępności danych raczej ma zastosowanie w przypadku utworzenia lub rozpoczęcia działalności, natomiast w przypadku reorganizacji należy zbadać czy możemy

15

dane za ostatnie 3 lata uznać za nieadekwatne. Wobec braku określenia pojęcia „nieadekwatny” w Pzp możemy sięgnąć do definicji zawartej w Słowniku Języku Polskiego, zgodnie z którą „nieadekwatny” oznacza «niezgodny z czymś, niedokładnie czemuś odpowiadający» .

4.3. Zdaniem Odwołującego żadne zmiany, które zostały dokonane przez MPGK nawet, jeżeli Izba uzna za reorganizację, nie dają podstaw do przyjęcia, że z tego powodu dane z ostatnich 3 lat pozostają nieadekwatne. Spółka nie miała do czynienia z żadnymi przekształceniami podmiotowymi lub reorganizacją struktury właścicielskiej jak również nie miały miejsca inne istotne zmiany organizacyjne, które by mogły spowodować, iż dane dotyczące średniego przychodu za lata poprzednie należy uznać za niezgodne lub nieodpowiednie.

4.4. Tytułem podsumowania Odwołujący podkreślił [jak zaznaczył po raz kolejny], że przepis art. 69 ust. 9 Pzp stanowi wyjątek od zasady, że do obliczania procentu działalności uwzględnia się średni przychód osiągnięty przez osobę prawną lub zamawiającego w odniesieniu do usług, dostaw lub robót budowlanych za 3 lata poprzedzające udzielenie zamówienia, a w myśl powszechnej zasady interpretacji przepisów prawa *exceptiones non sunt extendendae* - wyjątków nie należy interpretować rozszerzająco. Wyjątek, (jako odstępstwo od reguły), ma moc obowiązującą tylko w takim zakresie, jak to wynika z jego treści i nie może być w drodze zabiegów interpretacyjnych przenoszony na sytuacje podobne lub zbliżone.

4.5. Również podkreślenia wymaga, iż analiza dyrektywy 2014/24/UE pozwala na stwierdzenie, iż krajowy ustawodawca wprowadził na gruncie art. 67 ust. 1 pkt 12 Pzp bardziej zaostrzone wymagania, a mianowicie - aby udział działalności kontrolowanej osoby prawnej dotyczył wykonywania zadań powierzonych na poziomie 90%, a nie, jak wynika to z dyrektywy 80%. Rozwiązanie takie miało u swoich źródeł intencję zapewnienia większej kontroli nad decyzjami zamawiających w stosunku do ich podmiotów zewnętrznych. Wobec powyższego interpretując przepis art. 67 ust. 9 Pzp należy traktować go zgodnie z intencją ustawodawcy, jako sytuację wyjątkową, a nie jako „furtkę” do nadużywania prawa przez zamawiających oraz podmiotów przez nich kontrolowanych.

5. Zarzut obejścia przepisów UCPG

5.1. Rada Miejska w Tarnowie, na podstawie Uchwały Nr XXI/230/2016 z dnia 25.02.2016 r. postanowiła o odbieraniu odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy, jak również tych, na których nie zamieszkują mieszkańcy, a powstają odpady komunalne (§1 pkt 1).

16

5.2. Zgodnie z art. 6c ust. 2 UCPG rada gminy może, w drodze uchwały stanowiącej akt prawa miejscowego, postanowić o odbieraniu odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, na których nie zamieszkują mieszkańcy, a powstają odpady komunalne.

5.3. Jednak, zgodnie z art. 6c ust. 2a UCPG, w przypadku gdy rada gminy w drodze uchwały, o której mowa wyżej, postanowi o odbieraniu odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, na których nie zamieszkują mieszkańcy, wójt, burmistrz lub prezydent miasta jest obowiązany zorganizować przetarg w trybie PZP na odbieranie odpadów komunalnych od właścicieli tych nieruchomości albo na odbieranie i zagospodarowanie takich odpadów.

5.4. To oznacza, że w przypadku odpadów z nieruchomości niezamieszkałych, istnieje obowiązek przetargowy wyrażający się w konieczności udzielenia zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego lub przetargu ograniczonego, co wynika z art. 10 ust. 1 Pzp.

5.5. Jak wynika z Ogłoszenia, przedmiotem udzielanego na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 12 Pzp w trybie zamówienia z wolnej ręki zamówienia jest świadczenie usług w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy oraz od właścicieli nieruchomości, na których w części zamieszkują mieszkańcy, a w części nie zamieszkują mieszkańcy, a powstają odpady komunalne, znajdujących się na terenie Gminy Miasta Tarnowa.

5.6. Przedmiotem zamówienia objęto zatem również nieruchomości, na których w części nie zamieszkują mieszkańcy. Taką nieruchomością może być np. kamienica, w której znaczna część jest przeznaczona na prowadzenie działalności handlowej lub usługowej, a jedynie znikoma ma przeznaczenie mieszkaniowe.

5.7. W tym zakresie przedmiot zamówienia wykracza poza to, co jest możliwe do udzielenia, zgodnie z art. 6d ust. 1 UCPG.

5.8. Zamówienie na odbieranie odpadów z nieruchomości, na których w części zamieszkują mieszkańcy, a w części nie zamieszkują mieszkańcy, a powstają odpady komunalne powinno zostać udzielone w trybie przetargowym, zgodnie z art. 6c ust. 2a UCPG.

5.9. Tym samym, skorzystanie z Zamawiającego z trybu zamówienia z wolnej ręki stanowi obejście przepisów UCPG.

6. Zarzut nadużycia pozycji dominującej

6.1. Jak zostało wskazane powyżej, zarówno z krajowych jak i unijnych przepisów wynika, że Zamawiający ma obowiązek przygotowania i prowadzenia Postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.

17

6.2. Zamawiający nie jest uprawniony do organizacji zamówień w sposób mający na celu ich wyłączenie z zakresu stosowania przepisów dotyczących zamówień publicznych lub sztucznego zawężanie konkurencji.

6.3. Tym bardziej nie może przygotowywać i prowadzić postępowania w sposób, który narusza powszechnie obowiązujące przepisy prawa, szczególnie, gdy bezpośrednio dotyczą wskazanej w art. 7 ust. 1 Pzp uczciwej konkurencji. Do tych przepisów należą reguły konkurencji określone w UOKiK.

6.4. Zgodnie z art. 9 ust. 2 pkt 5 UOKiK zakazane jest nadużywanie pozycji dominującej na rynku właściwym przez jednego lub kilku przedsiębiorców poprzez przeciwdziałanie ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji. W świetle orzecznictwa istotą tak zdefiniowanej praktyki zakazane jest zachowanie przedsiębiorcy posiadającego pozycję dominującą, które uniemożliwia lub utrudnia działalność konkurentów na określonym rynku właściwym, przez stworzenie barier wejścia na rynek lub rozwoju podmiotów już działających na rynku.

6.5. Zamawiający ma status przedsiębiorcy, co jednoznacznie wynika z art. 4 pkt 1 lit. a) w zakresie, w jakim organizuje realizację zadań własnych związanych z utrzymaniem porządku i czystości.

6.6. W świetle art. 4 pkt 1 lit. a) UOKiK przez przedsiębiorcę rozumie się „osobę fizyczną, osobę prawną, a także jednostkę organizacyjną niemającą osobowości prawnej, której ustawa przyznaje zdolność prawną, organizującą lub świadczącą usługi o charakterze użyteczności publicznej, które nie są działalnością gospodarczą w rozumieniu przepisów o swobodzie działalności gospodarczej”.

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

6.8. Organizowanie świadczenia usług użyteczności publicznej interpretowane jest szeroko, jako obejmujące wszelkiego rodzaju aktywności polegające na „kreowaniu możliwości świadczenia” usług użyteczności publicznej, tworzeniu „wszelkiego rodzaju ram świadczenia takich usług przez innych przedsiębiorców”. W świetle orzecznictwa status przedsiębiorców organizujących usługi użyteczności publicznej mają jednostki samorządu terytorialnego, w tym wówczas, gdy prowadzą działalność organizatorską na rynku utrzymania porządku i czystości na swoim terenie.

18

6.9. Zamawiający odpowiada powyższym kryteriom i jest przedsiębiorcą organizując usługi w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy oraz od właścicieli nieruchomości, na których w części zamieszkują mieszkańcy, a w części nie zamieszkują mieszkańcy, a powstają odpady komunalne, znajdujących się na terenie Gminy Miasta Tarnowa.

6.10. Zamawiający prowadzi działalność organizatorską w zakresie utrzymania porządku i czystości na swoim terenie. Na podstawie przepisów UCPG utrzymanie czystości i porządku w gminach należy do obowiązkowych zadań własnych każdej gminy (art. 3 ust. 1 UCPG). Gmina realizuje to zadanie zapewniając czystość i porządek na swoim terenie i tworząc warunki niezbędne do ich utrzymania (art. 3 ust. 2 UCPG), w szczególności uchwalając regulamin utrzymania czystości i porządku na terenie gminy (art. 4 UCPG), organizując odbieranie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy (art. 6c ust. 1 UCPG) oraz określając szczegółowy sposób i zakres świadczenia usług w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości i zagospodarowania tych odpadów (art. 6r UCPG).

6.11. Decydując o udzieleniu zamówienia w trybie zamówienia z wolnej ręki na rzecz MPgK, Zamawiający niewątpliwie wpływa na kształt rynku odbierania odpadów komunalnych (wskazuje bowiem podmiot, który na tym rynku może działać na zasadzie wyłączności), jednocześnie wpływając na warunki świadczenia usług odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych i częściowo zamieszkałych na terenie Miasta Tarnowa.

6.12. Zamawiający ma pozycję dominującą na rynku właściwym, za który należy uznać rynek organizowania usług odbierania odpadów komunalnych z terenu Miasta Tarnowa. Jest bowiem jedynym podmiotem, który odpowiada za organizację usług użyteczności publicznej na swoim terenie.

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

6.14. Do naruszenia przepisów UOKiK dochodzi nie tylko na rynku o strukturze faktycznie lub potencjalnie konkurencyjnej poprzez tworzenie przez dominującego przedsiębiorcę sztucznych barier wejścia podmiotów nowych lub rozwoju podmiotów już działających na tym

19

rynku. Zakazane na podstawie UOKiK „przeciwdziałanie ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji” może mieć miejsce także na rynkach, na których - tak jak w niniejszej sprawie - dominujący organizator rynku podejmuje decyzje

wpływające na strukturę rynku, w tym na dopuszczenie przedsiębiorców do prowadzenia działalności na rynku.

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

6.16. Do naruszenia dochodzi tym bardziej wówczas, gdy organizator rynku w ogóle eliminuje konkurencję o rynek, przyznając prawo świadczenia usług uznaniowo wybranemu przedsiębiorcy.

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

6.18. Podsumowując, Zamawiający jako organizator rynku usług odbierania odpadów komunalnych na rynku właściwym, tj. na terenie Miasta Tamowa jest przedsiębiorcą o pozycji dominującej. W świetle przepisów UOKiK zakazane jest nadużywanie pozycji dominującej na rynku właściwym przez przedsiębiorcę poprzez przeciwdziałanie ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji. Zamawiający udzielając zamówienia w trybie niekonkurencyjnym, tj. w trybie zamówienia z wolnej ręki uniemożliwia lub co najmniej utrudnia działalność innych wykonawców, przez stworzenie barier wejścia na rynek lub rozwoju podmiotów już działających na rynku. Takie zachowanie, zgodnie z art. 9 ust. 2 pkt 5 UOKiK jest prawnie zakazane.

6.19. Tym samym, udzielenie w takiej sytuacji zamówienia w trybie z wolnej ręki w przypadku opisanym w art. 67 ust. 1 pkt 12 Pzp jest sprzeczne z art. 7 ust. 1 oraz z art. 18 Dyrektywy 2014/24/UE.

Zamawiający wnosząc o oddalenie odwołania [w piśmie z dnia 26 stycznia br oraz na rozprawie w zakresie zarzutów odwołania] podniósł, co następuje:

I. Odnośnie zarzutów dotyczących: (1) zaniechania wykazania braku naruszenia zasad konkurencji i (2) nadużycia pozycji dominującej (pkt 2 i 6 uzasadnienia odwołania): Podnoszony w odwołaniu zarzut zaniechania wykazania braku naruszenia zasad konkurencji jest chybiony, albowiem działania podjęte przez Zamawiającego nie naruszają art. 67 ust. 1 pkt 1.2 ustawy Pzp oraz art. 49, art. 56, art. 102 i art. 106 Traktatu o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej (dalej: TFUE). Przede wszystkim, ze wskazanych przepisów nie wynika obowiązek wykazania przez Zamawiającego, że nie narusza zasad konkurencji. Odwołujący nie wskazuje też z jakiego dokumentu miałyby ewentualnie wynikać, że zasada ta nie została naruszona. Zgodnie z art. 67 ust. 11 Pzp przed udzieleniem zamówienia na podstawie ust. 1 pkt 12-15, zamawiający zamieszcza na stronie podmiotowej Biuletynu Informacji Publicznej, [a jeżeli nie ma takiej strony, na swojej stronie internetowej], informacje o zamiarze zawarcia umowy zawierającą, co najmniej: 1) nazwę i adres zamawiającego; 2) określenie przedmiotu zamówienia i wielkości lub zakresu zamówienia; 3) szacunkową wartość zamówienia; 4) nazwę i adres wykonawcy, któremu zamawiający zamierza udzielić zamówienia; 5) podstawę prawną i uzasadnienie wyboru trybu udzielenia zamówienia z wolnej ręki; 6) planowany termin realizacji zamówienia i czas trwania umowy; 7) informację o terminie i odpowiednio zamieszczeniu lub opublikowaniu ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy, o którym mowa w art. 66 ust. 2, jeżeli zostało zamieszczone lub opublikowane albo informację, że takie ogłoszenie nie zostało zamieszczone lub opublikowane. Katalog ten jest otwarty, ale pomimo to Zamawiający nie ma obowiązku wykazania w przedmiotowym ogłoszeniu, że nie narusza zasady konkurencji. Określony w pkt 5 obowiązek wykazania uzasadnienia wyboru trybu udzielenia zamówienia z wolnej ręki dotyczy obowiązku

wykazania spełniania warunków określonych w art. 67 ust. 1 pkt 12 Pzp w związku z ust. 8 - 10, czyli: 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. Jego zdaniem, co do zarzutu naruszenia zasad konkurencji Odwołujący stawia dwie tezy: Pierwsza, pomimo, iż zamówienie publiczne nie podlega przepisom Dyrektywy 2014/24/UE w dalszym ciągu

21

podlega przepisom TFUE (pkt 2.4 in. odwołania); Druga, jeżeli okaże się, że podmiotu działające na rynku konkurencyjnym wykażą zainteresowania danym zamówieniem, udzielenie zamówienia w trybie z wolnej ręki nie będzie możliwe (pkt 2.26 in. odwołania). Odnosząc się do tezy nr 1 Zamawiający wskazał, że zmiana ustawy Pzp (wprowadzona ustawą z dnia 22 czerwca 2016 r.), miała na celu dostosowanie przepisów krajowych do nowej Dyrektywy 2014/24/UE. Jednym z celów uchwalenia Dyrektywy było natomiast doprecyzowanie przesłanek umożliwiających podmiotom z sektora publicznego udzielanie zamówień z wyłączeniem przepisów dotyczących zamówień publicznych. Potrzeba taka podyktowana była tym, że praktyka współpracy publiczno - publicznej wykształciła instytucję in - house, która nie została uregulowana w żadnych przepisach, a podstawą jej funkcjonowania stało się orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (dalej: TS). Kluczowe znaczenie w określeniu zasad takiej współpracy miał wyrok TS w sprawie C-107/98 z dnia 18 listopada 1999 r, Teckal Srl p. Comune di Viano i Azienda 1 Gas-Acqua Consorziale (AGAC) di Reggio Emilia. Orzeczenie Teckal jest o tyle istotne, że I zagadnienia w nim poruszane zostały przywołane w komentowanym projekcie Dyrektywy o zamówieniach publicznych (art. 11 projektu). W pkt 50 orzeczenia Trybunał określił dwa kryteria, których łączne spełnienie pozwala na wyłączenie stosowania zamówień publicznych: 1. instytucja zamawiająca sprawuje nad daną osobą prawną kontrolę analogiczną do tej, jaką sprawuje nad własnymi służbami oraz 2. dana osoba prawna prowadzi zasadniczą część swojej działalności na rzecz sprawującej nad nią kontrolę instytucji zamawiającej lub instytucji zamawiających. Orzecznictwo TS, a głównie powyższy wyrok, legło u podstaw wprowadzonego do Dyrektywy art. 12, zgodnie z którym zamówienie publiczne udzielone przez instytucję zamawiającą osobie prawa prywatnego lub publicznego nie jest objęte zakresem stosowania niniejszej dyrektywy, jeżeli spełnione są wszystkie następujące warunki: a) instytucja zamawiająca sprawuje nad daną osobą prawną kontrolę podobną do kontroli, jaką sprawuje nad własnymi jednostkami; b) ponad 80 % działalności kontrolowanej osoby prawnej jest prowadzone w ramach wykonywania zadań powierzonych jej przez instytucję zamawiającą sprawującą kontrolę lub przez inne osoby prawne kontrolowane przez tę instytucję zamawiającą; oraz c) w kontrolowanej osobie prawnej nie ma bezpośredniego udziału kapitału prywatnego, z wyjątkiem form udziału kapitału prywatnego o charakterze niekontrolującym i nieblokującym, wymaganych na mocy krajowych przepisów ustawowych, zgodnie z Traktatami, oraz nie wywierających decydującego wpływu na kontrolowaną osobę prawną. Artykuł ten wyłącza stosowanie Dyrektywy do zamówień publicznych, jeżeli zostaną spełnione łącznie przesłanki określone w art. 12 ust. 1. Przesłanki art. 12 Dyrektywy zostały określone w taki sposób, aby nie naruszały zasady konkurencyjności, równego traktowania, niedyskryminacji i przejrzystości. Wynika to min. z preambuły Dyrektywy, pkt 31, akapit drugi, zdanie trzecie „Zastosowanie przepisów

22

dotyczących zamówień publicznych nie powinno jednak zakłócać swobody organów publicznych w zakresie wykonywania powierzonych im zadań dotyczących usług publicznych poprzez wykorzystanie ich własnych zasobów, co obejmuje możliwość współpracy z innymi organami publicznymi. Teza pierwsza, stawiana przez Odwołującego, prowadzi do wniosku, że przepisy Dyrektywy i wyrażone w niej zasady nie w pełni są zgodne z przepisami i zasadami TFUE, dlatego też nawet, jeśli Zamawiający nie narusza przepisów Dyrektywy me

znaczy to, że jednocześnie (jakoby automatycznie) Zamawiający nie narusza przepisów TFUE. Preambuła Dyrektywy wskazuje jednak, że w pełni uwzględnione w niej zostały przepisy i zasady wyrażone w TFUE. Już na wstępie Dyrektywy czytamy, że została ona uchwalona: „uwzględniając Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej”. Następnie w pkt 136 (preambuły Dyrektywy wskazano, iż z uwagi na to, że celem Dyrektywy jest m.in. koordynacja przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych państw członkowskich mających zastosowanie do niektórych postępowań o udzielenie zamówień publicznych, a cel ten nie może być osiągnięty w sposób wystarczający przez państwa członkowskie, natomiast może ze względu na swój rozmiar i skutki, być lepiej osiągnięty na poziomie Unii, Unia może przyjąć środki zgodnie z zasadą pomocniczości określoną w art. 5 Traktatu o Unii Europejskiej. Zgodnie z zasadą proporcjonalności, określoną w tym artykule, niniejsza dyrektywa nie wykracza poza to, co jest konieczne do osiągnięcia tego celu. Zasada proporcjonalności określona w art. 5 ust. 4 stanowi natomiast, że zakres i forma działania Unii nie wykraczają poza to, co jest konieczne do osiągnięcia celów Traktatów (przez określenie „Traktaty” należy rozumieć także TFUE, co wynika wprost z art. 1 Traktatu o Unii Europejskiej. Tym samym, trudno zgodzić się z Odwołującym i zarzucić, że Parlament Europejski i Rada Unii Europejskiej uchwaliły Dyrektywę 2014/24/UE nieuwzględniającą przepisów TFUE, a w konsekwencji nieuzasadniony jest zarzut naruszenia art. 49, art. 56, art. 102 i art. 106 TFUE. Regulacje ustawy Pzp są konsekwencją wdrożenia przepisów Dyrektywy do polskiego systemu prawnego. Podkreślił, że początkowo podczas prac nad projektem nowej ustawy Pzp zaproponowano wierne powtórzenie zapisów Dyrektywy w zakresie instytucji in-house. W toku dyskusji nad projektem odstąpiono jednak od pierwotnie zaproponowanej wersji i przyjęto kompromis, (czyli wersję zaproponowaną w rządowym projekcie ustawy skierowanym w dniu 24 marca 2016 r. do Sejmu - druk Sejmu VIII kadencji nr 366) w wyniku którego zamówienia in-house zostały objęte reżimem zamówień publicznych z zastrzeżeniem, że będą udzielane w trybie niekonkurencyjnym - z wolnej ręki. Jednocześnie zgodził się z Odwołującym (teza wyrażona w pkt 2.6 Odwołania), że wyłączenie przewidziane w art. 12 Dyrektywy nie uprawnia Zamawiającego do wyłączenia zamówień publicznych spod wszelkich reguł przewidzianych w TFUE. Dlatego też, art. 12 Dyrektywy uwzględnia - co wykazano powyżej - zapisy TFUE. W konsekwencji przepisy dotyczące instytucji in house wprowadzone do ustawy Pzp (w tym rozpatrywany w niniejszej

23

sprawie art. 67 ust. 1 pkt 12, ust. 8 i 9 oraz ust. 11) zostały dostosowane do Dyrektywy i TFUE, a jednocześnie ustawodawca określił reguły (warunki), jakie należy spełnić, aby udzielić zamówienia in-house. Stwierdził, że art. 32 oraz art. 26 Dyrektywy 2014/24/UE przytoczony przez odwołującego dotyczy trybu negocjacji bez ogłoszenia - tryb ten został uregulowany w art. 62 in. Pzp i jest trybem odrębnym od trybu zamówienia z wolnej ręki uregulowanym w art. 66 in. Jego zdaniem, można odnieść wrażenie, że Odwołujący utożsamia tryb negocjacji bez ogłoszenia przewidzianym w Dyrektywie z trybem z wolnej ręki przewidzianym w Pzp. Nie mniej jednak odnoszenie się w tym przypadku do przepisów regulujących tryb negocjacji bez ogłoszenia jest bez znaczenia, gdyż sprawa dotyczy wyłącznie trybu z wolnej ręki - a ustawodawca polski wyraźnie rozgranicza te dwa tryby. Również w Dyrektywie rozgraniczono tryb negocjacji bez publikacji od instytucji in house, co potwierdza wykładnia systemowa Dyrektywy - art. 12 znajduje się w Tytule I, Rozdziale I „Zakres stosowania i definicje” Sekcja 3 „Wyłączenia”, natomiast art. 32 (stosowanie procedury negocjacji bez publikacji) umiejscowiony jest w Tytule II, Rozdziale I „Procedury”. Odnosząc się do twierdzenia Odwołującego (pkt 2.17 Odwołania), że decyzja o udzieleniu zamówienia in-house powinna zostać poprzedzona analizą Zamawiającego stwierdził, że obowiązek taki nie wynika z żadnego przepisu Pzp jak również nie wynika z art. 12 Dyrektywy. Brak jest więc podstawy prawnej do nakładania na Zamawiającego obowiązku, aby przed udzieleniem zamówienia z wolnej ręki przygotowywał analizę w jakiejś szczególnej formie. Nie mniej jednak już samo ustalenie przez Zamawiającego, czy spełnia przesłanki z art. 67 ust. 1 pkt 12 Pzp jest niczym innym jak analizą dokonaną w celu podjęcia decyzji, czy dopuszczalne jest skorzystanie z instytucji in-house. Odnosząc się do tezy drugiej podał, że nie można uznać, iż obowiązek publikacji ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy in-house zmierza do tego, że w przypadku zainteresowania innych podmiotów (po ogłoszeniu informacji o zamiarze zawarcia umowy) Zamawiający nie może udzielić zamówienia w trybie in-house, bo prowadzi to do naruszenia konkurencji. Obowiązek publikacji ogłoszenia ma na celu natomiast umożliwienie innym podmiotom dokonania oceny czy zamawiający ma

podstawy do udzielenia zamówienia in-house w świetle przesłanek przewidzianych w Pzp. Gdyby intencją ustawodawcy było to, aby w przypadku zainteresowania się innych podmiotów zamówieniem in-house (po zamieszczeniu informacji o zamiarze zawarcia umowy) Zamawiający odstąpił od stosowania tej instytucji to ustawodawca nowelizując ustawę i określając procedurę in-house wprowadziłby zapis o obowiązku odstąpienia od tej procedury. Natomiast zobowiązując zamawiającego do zamieszczenia ogłoszenia o zamiarze udzielenia zamówienia ustawodawca zapewnił ochronę zasady konkurencji i przejrzystości, a potencjalnym wykonawcom dał możliwość zweryfikowania spełniania przesłanek z art. 67 ust. 1 pkt 12 Pzp i w przypadku stwierdzenia, że brak jest podstaw do udzielenia zamówienia in-house podmiot taki ma możliwość wniesienia odwołania. Zwrócił

24

uwagę na fragment uzasadnienia do projektu ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2016 r., poz. 1020): „Projekt zawiera propozycję, aby tzw. zamówienia in-house były udzielane w trybie zamówienia z wolnej ręki a same przesłanki zostały zmodyfikowane - w stosunku do dyrektywy - w taki sposób, aby podmioty, które otrzymują zlecenia bez przetargu w zasadzie nie uczestniczyły w konkurencji na otwartym rynku. (...) Wprowadzono zmiany w ustawie z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach zgodnie z którymi umożliwiono gminom zastosowanie wszystkich trybów udzielania zamówień przewidzianych ustawą - Prawo zamówień publicznych, łącznie z zastosowaniem trybu z wolnej ręki, z uwzględnieniem zastosowania tzw. zamówień in-house, w przypadku odbierania albo odbierania i zagospodarowania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości. Poprzednio ustawa przewidywała wyłonienie wykonawców w przypadku takich usług jedynie w drodze przetargu.” Ustawodawca świadomie wyłączył tryb konkurencyjny w przypadku instytucji in-house, co nie może być traktowane, jako naruszenie zasady konkurencji czy też nadużycie pozycji dominującej. Przy takiej interpretacji ilekroć stosowany byłby ten tryb Zamawiający działający na podstawie Pzp narażałby się na tak postawione zarzuty. Przywołał także fragment Dokumentu Roboczego Służb Komisji w sprawie stosowania unijnych przepisów dotyczących zamówień publicznych do stosunków między instytucjami zamawiającymi („współpraca publiczno-publiczna”) wydanego przez Komisję Europejską, rozdział 3.2. „Trybunał uznał więc prawo instytucji zamawiających do samoorganizacji i stwierdził, że unijne przepisy dotyczące zamówień publicznych (tzn. nie tylko dyrektywy, ale również zasady Traktatu) nie mają zastosowania, w przypadku gdy instytucja zamawiająca udziela zamówienia osobie trzeciej, która jest od niej niezależna wyłącznie formalnie, natomiast zasadniczo pozostaje jej podległa.”

Odnosnie drugiego ze wskazanych powyżej zarzutów stwierdził, że argumentacja Odwołującego dotycząca nadużycia pozycji dominującej prowadzi do wniosku, że już samo skorzystanie przez Zamawiającego z instytucji in-house prowadzi do takiego nadużycia. Tymczasem, zarówno Dyrektywa jak i Pzp regulując instytucje in-house uznają uprzywilejowaną pozycję Zamawiającego pod warunkiem, że spełni on określone przesłanki. Przyjmując argumentację Odwołującego należałoby uznać, że takimi regulacjami ustawodawca zezwolił na wykorzystanie pozycji dominującej, co jest oczywiście nie do zaakceptowania.

II. Odnosnie zarzutów dotyczących: (1) nieprawidłowego uznania wskazanych w ogłoszeniu okoliczności za reorganizację i (2) nieprawidłowego uznania danych dotyczących MPKGK jako nieadekwatnych (pkt 3 i 4 uzasadnienia odwołania):

25

Odwołujący, interpretując pojęcie „reorganizacja” wskazał m.in. ponownie na odpowiedź na interpelację nr 6264 w sprawie zmian w zakresie udzielania tzw. zamówień in-house, w której stwierdzono, że reorganizacja polega min. na zmianie zakresu działalności (dowód załączony do odwołania jako załącznik nr 8). Ponadto, Odwołujący przytacza m.in. orzeczenie Sądu Rejonowego w Zawierciu z dn. 2 lutego 2016 r. (sygn. IV 131/15) zgodnie z którym reorganizacja może polegać na „likwidacji niektórych komórek organizacyjnych czy ich łączeniu”. W tym miejscu Zamawiający wskazuje na kolejne orzeczenia definiujące pojęcie „reorganizacji”: (1) wyrok Sądu Najwyższego z dnia 24.05.2007 r. (sygn. akt II PK

306/06) - „w rozumieniu tego słowa mieści się każda zmiana struktury organizacyjnej określonej jednostki, choćby dotyczyła tylko jednego wycinka jej działalności i jednego z jej elementów konstrukcyjnych”, (2) wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 20.01.1994 r. (sygn. akt II SA 2348/93) - reorganizacja to „zmiana struktury urzędu dokonana w takim samym trybie jak przy jej uchwaleniu”. Zamawiający podkreślił, że Spółka w ramach przeprowadzonej reorganizacji dokonała zarówno zmiany zakresu działalności jak i likwidacji komórki organizacyjnej, a zmiany struktury Spółki zostały dokonane w takim samym trybie jak przy jej uchwaleniu. Ponadto, Spółka podjęła szereg innych czynności składających się na reorganizację. Co do zarzutu, że Spółka przystąpiła do przetargu w Gminie Dębno (pkt 3.14 odwołania) podkreślić należy, że zgodnie z art. 67 ust. 1 pkt 12 lit. b) Pzp ponad 90% działalności kontrolowanej osoby prawnej dotyczy wykonywania zadań powierzonych jej przez zamawiającego, w pozostałym zakresie Spółka ma prawo działać na wolnym rynku. Postępowanie w Gminie Dębno zostało ogłoszone w dniu 18.03.2016 r. z terminem składania ofert na dzień 26.04.2016 r. W dacie ogłoszenia, składania ofert jak również rozstrzygnięcia przedmiotowego postępowania ustawa Pzp w dzisiejszym brzmieniu nie obowiązywała. Nie był również znany jej ostateczny kształt oraz termin wejścia w życie. Wprowadzone przez Spółkę zmiany reorganizacyjne zostały szczegółowo wskazane w piśmie procesowym z dnia 25 stycznia 2017 r. Przystępującego po stronie Zamawiającego złożonym na rozprawie dnia 25 stycznia 2017 r. Zamawiający w pełni akceptuje i podtrzymuje stanowisko Przystępującego oraz potwierdza okoliczności wskazane w treści pisma (str. 8-16). Ponadto, na potwierdzenie tych okoliczności Zamawiający przedłożył na rozprawie dnia 25 stycznia 2017 r. następujące dowody: (1) uchwała Nr XXXVII/524/2013 Rady Miejskiej w Tarnowie z dnia 20 czerwca 2013 r. Spółce w sprawie powierzenia MPGK wykonywania zadań własnych Gminy Miasta Tarnowa; (2) pismo z dnia 14.10.2016 r. w przedmiocie zwołania Nadzwyczajnego Zgromadzenia Wspólników MPGK; (3) uchwała nr 52/X/2016 Rady Nadzorczej MPGK Sp. z o.o. w Tarnowie z dnia 18 października 2016 r. w sprawie opinii do Strategii; (4) uchwała nr 16/2016 z dnia 28 października 2016 r. Nadzwyczajnego Zgromadzenia Wspólników MPGK; (5) wyciąg ze Strategii; (6) uchwała nr 57/X/2016 Rady Nadzorczej MPGK Sp. z o.o. w Tarnowie z dnia 27 grudnia 2016 r. w

26

sprawie zatwierdzenia i przyjęcia jednolitego Regulaminu Organizacyjnego wraz z Regulaminem Organizacyjnym. Podkreślił, że Reorganizacja przeprowadzona przez Spółkę nie dotyczy zmiany ilościowej (w zakresie ilości zatrudnionych pracowników, czy ilości zakupionych pojazdów) ani zmiany jakościowej, (gdyż nie stałe podnoszenie jakości świadczonych usług świadczy o reorganizacji). Czynności faktyczne takie jak zakup samochodów czy zmiana liczby zatrudnionych osób są jedynie następstwem reorganizacji - w tym zakresie należy zgodzić się z przetoczonym przez Odwołującego w pkt 3.8. odwołania orzeczeniem Sądu Okręgowego w Szczecinie z dnia 11.01.2013 r. sygn. akt VI Pa 106/12. Zdaniem Zamawiającego, w świetle przedstawionych zmian reorganizacyjnych Spółki nie sposób zgodzić się z argumentem Odwołującego podniesionym na rozprawie w dniu 25 stycznia 2017 r., że Spółka opiera reorganizację na takich czynnościach jak zakup nowych samochodów, (co Odwołujący próbował wykazać w oparciu o przedstawione na rozprawie, jako dowód Sprawozdania Zarządu MPGK Sp. z o.o. w Tarnowie z działalności Spółki w roku obrotowym 2013, 2014 i 2015). Są to bowiem czynności faktyczne podejmowane przez Spółkę w związku z jej bieżącą działalnością i w związku reorganizacją (będące konsekwencją reorganizacji). Zamawiający nie twierdzi, że na takich czynnościach opiera całą reorganizację. Argumentem świadczącym na niekorzyść Zamawiającego nie jest także fakt, że w zlikwidowanym Dziale Handlowym Spółki pracowały zaledwie trzy osoby, co podnosił Odwołujący na rozprawie. Znaczenie ma sama zmiana struktury organizacyjnej i konieczność likwidacji działu. Pracownicy ze zlikwidowanego działu zostali przeniesieni na inne stanowiska i co istotne otrzymali nowe zakresy czynności, co świadczy o tym, że przeniesienie to nie było pozorne (dowód w postaci nowych zakresów czynności został przedłożony na rozprawie dnia 25 stycznia 2017 r.; dowody w postaci poprzednio obowiązujących zakresów czynności Zamawiający przedkłada wraz z niniejszym pismem). Konsekwencją reorganizacji spółki, polegającej przede wszystkim na zmianie profilu działalności spółki, jest to, że dane dotyczące średniego przychodu za 3 ostatnie lata poprzedzające udzielenie zamówienia są nieadekwatne. Przez ostatnie lata spółka działała na otwartym rynku i brała udział w przetargach, dlatego jej przychód kształtował się zupełnie inaczej teraz po zmianie profilu działalności. W dniu 3.11.2016 r. Spółka opracowała wstępną

prognozę handlową, która miała stanowić podstawę do podjęcia decyzji o ewentualnej reorganizacji Spółki. Przygotowana w tym celu wstępna analiza wykazała, że reorganizacja w planowanym zakresie pozwoli spełnić Spółce przesłanki wymagane przez art. 67 ust. 1 pkt 12 Pzp. Taką też informację otrzymał Przystępujący po stronie Odwołującego - AVR Sp. z o.o., z wyraźnym wskazaniem, że jest to jedynie wstępna prognoza - pismo z 13.12.2016 r. - jako dowód potwierdzający przedstawione okoliczności zostało przedstawione przez Przystępującego AVR Sp. z o.o. na rozprawie dnia 25 stycznia 2017 r. Po rozpoczęciu reorganizacji, Spółka ponownie przystąpiła do przygotowania prognozy, w celu ustalenia

27

procentu działalności, o którym mowa w art. 67 ust. 1 pkt 12 lit b) Pzp. Ponowna analiza wykazała, że wstępnie przygotowana prognoza handlowa pozostaje aktualna i może stanowić wiarygodną podstawę do ustalenia spełniania warunku z pkt 12 lit b). Z prognozy tej wynika, że w następujących latach udział działalności powierzonej wyniesie 100%. Jak czytamy w przytoczonej przez Odwołującego odpowiedzi na interpelację nr 6264 (dowód przedłożony przez Odwołującego): „Jeżeli z uwagi na min. reorganizację ww. podmiotów, np. przekształcenia podmiotowe, reorganizacja struktury właścicielskiej, zmiany zakresu działalności, dane te są niedostępne lub niewiarygodne, należy przyjąć prognozy handlowe, z których wynikać będzie, że 90% działalności kontrolowanej osoby prawnej dotyczyć będzie, w przyjętym do obliczeń okresie czasu, wykonywania zadań powierzonych jej przez zamawiającego sprawującego nad nią kontrolę.” W tym przypadku bezsprzecznie mamy do czynienia reorganizacją, która spowodowała, że dane dotyczące średniego przychodu za 3 ostatnie lata poprzedzające udzielenie zamówienia są nieadekwatne. Co ważne, jeżeli nie jest możliwe - jak dalej czytamy w odpowiedzi na interpelację - ustalenie procentu działalności z uwagi na to, że dane te są nieadekwatne lub nieaktualne, co wynika z okoliczności obiektywnych związanych ze zmianami organizacyjnymi po stronie któregośkolwiek z zainteresowanych podmiotów, wówczas należy przyjąć inną miarę do stosownych obliczeń. Tą inną miarą będą wiarygodne prognozy handlowe. Zgodnie z językowym znaczeniem słowa prognoza, jest to przewidywanie przyszłości na podstawie zdarzeń już znanych. Terminu tego w ustawie Pzp nie należy definiować zawężająco. Z prognoz, o których mowa w art. 67 ust. 9 ustawy Pzp, musi wynikać w sposób wiarygodny, spełnienie przesłanek, o których mowa powyżej. Mogą to być wszelkie dokumenty, wyceny, sprawozdania, bilanse, analizy finansowe zawarte porozumienia etc., zarówno sporządzone przez podmioty wyspecjalizowane, świadczące usługi w tym obszarze, ale również przez samych zainteresowanych, z których będą wynikać określone fakty.” Podkreślił, że MP GK Sp. z o.o. eksploatuje zlokalizowaną w Tarnowie przy ulicy Komunalnej instalację do mechaniczno-biologicznego przetwarzania odpadów komunalnych o statusie RIPOK dla regionu tarnowskiego. W regionie funkcjonują dwie tego typu instalacje. Właścicielem drugiej z nich, również zlokalizowanej w Tarnowie przy ul. Komunalnej, jest Trans - Formers Karpatia sp. z o.o. Planowane działania inwestycyjne w zakresie eksploatowanej instalacji (rozbudowa funkcjonujących obiektów) nie zmierzają do zwiększenia jej ogólnej wydajności, ich celem jest natomiast poprawa efektywności procesu przetwarzania odpadów poddawanych obróbce i wydzielenie większej ilości frakcji podsitowej zgodnie z faktyczną morfologią odpadów). „» 5. Plany inwestycyjne na rok bieżący zakładają uruchomienie rozdrabniarki wstępnej TN rozbudowę placu dojrzwania stabilizatu dla wydzielonej w procesie mechanicznym frakcji odpadów ulegających biodegradacji. Równocześnie prowadzone będą działania mające na celu rozbudowę hali przyjąć zmieszanych odpadów

28

komunalnych, w taki sposób, aby rozładunek odbywał się w zamkniętym pomieszczeniu. Dalsze plany rozwojowe Spółki zakładają budowę instalacji do pełnego wykorzystania balastu posortowniczego i produkcję paliwa alternatywnego. Ze względu na całkowitą reorganizacją przeprowadzoną w Spółce polegającą na zaprzestaniu świadczenia swoich usług w zakresie odbioru i zagospodarowania odpadów w dotychczas obsługiwanych gminach (docelowo 19 gmin powiatu tarnowskiego, brzeskiego i dąbrowskiego) na rzecz Miasta Tarnowa, szacuje się, że ilość odpadów przyjętych do zagospodarowania przez regionalną instalację również ulegnie istotnemu ograniczeniu, co przełoży się na spadek przychodów z tego tytułu. Zakłada się, że w 2017 r. i latach następnych miejska instalacja przyjmie do zagospodarowania wszystkie odpady wytworzone na terenie GMT, oraz

określoną ilość odpadów pochodzącą z okolicznych gmin. Mniejsze zainteresowanie podmiotów zewnętrznych usługą w zakresie zagospodarowania odpadów w powyższej instalacji będzie również konsekwencją zapowiadanych zmian w Planie Gospodarki Odpadami Województwa Małopolskiego, znoszących dotychczasowy podział na 4 regiony, w miejsce których zostanie utworzony 1 region gospodarki odpadami. Część obsługiwanej do końca 2016 r., a utraconego z dniem 01.01.2017 r. rynku, została przejęta przez pozostałych operatorów działających lokalnie tj. Trans-Formers Karpatia Sp. z o.o. oraz Remondis Sp. z o.o., które to podmioty posiadają własne instalacje o statusie RIPOK i z całą pewnością będą kierować do własnych instalacji odbierany strumień odpadów (Spółka Remondis po zmianie planu). Odpływ znacznego wolumenu odpadów na rzecz alternatywnych instalacji zlokalizowanych w ramach nowopowstałego regionu jest zatem oczywisty i wymusza na Spółce kalkulacje uwzględniające ten fakt.

IV. Odnośnie zarzutu obejścia przepisów ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (pkt 5 uzasadnienia odwołania):

Objęcie zamówieniem in-house nie tylko nieruchomości zamieszkałych, ale także nieruchomości częściowo zamieszkałych a częściowo niezamieszkałych nie stanowi obejścia ustawy o utrzymaniu porządku i czystości w gminach (dalej UCPG). Zgodnie z art. 6c UCPG:

„1. Gminy są obowiązane do zorganizowania odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy. 2. Rada gminy może, w drodze uchwały stanowiącej akt prawa miejscowego, postanowić o odbieraniu odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, na których nie zamieszkują mieszkańcy, a powstają odpady komunalne. 2a. W przypadku gdy rada gminy w drodze uchwały, o której mowa w ust. 2, postanowi o odbieraniu odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, na których nie zamieszkują mieszkańcy, wójt, burmistrz lub prezydent miasta jest obowiązany zorganizować przetarg w trybie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 oraz z 2016 r. poz. 831, 996 i 1020) na odbieranie odpadów komunalnych od właścicieli tych nieruchomości albo na odbieranie i

29

zagospodarowanie takich odpadów”. Natomiast zgodnie z art. 6d ust. 1 UCPG: *„Wójt, burmistrz lub prezydent miasta jest obowiązany udzielić zamówienia publicznego na odbieranie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, o których mowa w art. 6c, albo zamówienia publicznego na odbieranie i zagospodarowanie tych odpadów”.* Przepis art. 6c ust. 2a i art. 6d ust. 1 zostały dodane przez ustawę, którą dokonano nowelizacji Pzp, a ustawodawca umożliwił gminom zastosowanie wszystkich trybów udzielania zamówień przewidzianych ustawą - Prawo zamówień publicznych. Co istotne - art. 6c ust. 1 UCPG stanowi o udzieleniu zamówienia publicznego na odbieranie odpadów od właścicieli nieruchomości, o których mowa w art. 6c ustawy - nie ograniczając jednocześnie tego przepisu wyłącznie do ust. 1 (dotyczącego terenów zamieszkałych) czy ust. 2 i 2a (dotyczącego terenów niezamieszkałych). Ponadto, art. 6d stanowi, udzieleniu zamówienia publicznego, a nie przetargu. Ustawa Pzp definiuje natomiast, że przez zamówienia publiczne należy rozumieć umowy odpłatne zawierane między zamawiającym a wykonawcą, których przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane, co odnosi się do wszystkich trybów przewidzianych w Pzp. Podkreślił, że Zamawiający zlecił w trybie przetargu nieograniczonego „Świadczenie usług w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, na których nie zamieszkują mieszkańcy, a powstają odpady komunalne, znajdujących się na terenie Gminy Miasta Tarnowa” (W1M.271.64.2016) zgodnie z art. 6c ust. 2 i 2a UCPG. Ustawodawca uregulował wprost sytuację właścicieli nieruchomości zamieszkałych oraz nieruchomości niezamieszkałych określając, kiedy należy przeprowadzić przetarg a kiedy można udzielić zamówienia w trybie in-house. Tym samym, w art. 6c UCPG wyraźnie zostały rozgraniczone nieruchomości zamieszkałe od niezamieszkałych. Istnienie nieruchomości mieszanych, (bo takich właśnie dotyczy zarzut Odwołującego) zauważone zostało natomiast przez ustawodawcę m.in. w art. 6j ust. 4-5 UCPG dotyczącym opłat za gospodarowanie odpadami komunalnymi. Uregulowanie tych kwestii wskazuje, że ustawodawca dostrzega różnicę pomiędzy tymi nieruchomościami oraz potrzebę uregulowania ich w przepisach prawa, a pomimo to w sposób świadomy nie reguluje wprost trybu, jakim należy objąć odbiór odpadów z nieruchomości mieszanych. Gmina jest wykonawcą i dysponentem zadań publicznych, ma określone ustawowo prawo do decydowania o sposobach realizacji zadań własnych i wyboru formy organizacyjno-prawnej, w jakiej zadania będą realizowane. Wynika to z konstytucyjnie zagwarantowanej gminie

samodzielności. Podkreślił, że w ustawie brak jest przepisu, z którego wynika, że odbiór odpadów komunalnych z nieruchomości mieszanych musi odbywać się wraz z odbiorem odpadów komunalnych z nieruchomości niezamieszkałych przez podmiot obowiązkowo wyłoniony w trybie przetargowym. Ustawodawca, pomimo że dostrzegł istnienie nieruchomości mieszanych, pozostawił decyzję, co do trybu jakim należy je objąć samorządom, dopuszczając tym samym objęcie nieruchomości mieszanych zarówno

30

instytucją in-house wraz z nieruchomościami zamieszkałymi, jak i objęcie ich przetargiem wraz z nieruchomościami niezamieszkałymi.

Do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego przystąpił wykonawca: (1) AVR Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie oraz (2) Remondis Kraków Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie wnosząc o uwzględnienie tego odwołania.

Do postępowania odwoławczego z kolei po stronie Zamawiającego przystąpiła spółka, na której rzecz ma być udzielone to zamówienie - Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowie [Spółka MPGK], wnosząc o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie podlega oddaleniu.

Odwołanie zostało wniesione wobec treści postanowień Informacji o zamiarze zawarcia umowy [Ogłoszenie] przez zamawiającego – Gminę Tarnów - na podstawie art. 67 ust.1 pkt 12 ustawy Pzp na „Świadczenie usług w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy oraz od właścicieli nieruchomości, na których w części zamieszkują mieszkańcy, a w części nie zamieszkują mieszkańcy, a powstają odpady komunalne, znajdujących się na terenie Gminy Miasta Tarnów”. Ta Informacja opublikowana została w dniu 3 stycznia 2017 r. w Biuletynie Informacji Publicznej na stronie internetowej Zamawiającego, a zatem do tego postępowania mają zastosowanie przepisy ustawy Pzp po ich zmianie wprowadzonej ustawą z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2016 r., poz. 1020), które weszły w życie w dniu 28 lipca 2016 r.

Rozpoznając przedmiotowe odwołanie Izba, była zobowiązana mieć na uwadze regułę określoną w art. 192 ust.7 ustawy Pzp, stosownie do której możliwe jest orzekanie przez Izbę tylko w granicach, podniesionych w odwołaniu zarzutów. Rozstrzygając natomiast w przedmiocie danego zarzutu, zobowiązana była uwzględniać obowiązującą w postępowaniu przed Krajową Izbą Odwoławczą także regułę z art. 190 ust.1 ustawy Pzp, zgodnie z którą strona i/lub uczestnik postępowania zobowiązani są do przedstawienia dowodów dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. W niniejszej sprawie taki obowiązek dotyczył Odwołującego i przystępujących po jego stronie wykonawców [strona odwołująca], albowiem domagali się unieważnienia postępowania w przedmiocie

31

wskazanego zamówienia, celem umożliwienia im udziału w postępowaniu, które zostałyby, w konsekwencji unieważnienia tego postępowania, wszczęte w innym konkurencyjnym trybie.

Izba stwierdziła, że Odwołujący ma legitymację procesową, wymaganą art. 179 ust.1 ustawy Pzp do wniesienia tego odwołania. Tak jak wskazał w odwołaniu zaskarżone czynności mogą naruszać interes wykonawcy w uzyskaniu zamówienia, w przypadku uznania, że niezasadne było zastosowanie przez Zamawiającego trybu zamówienia z wolnej ręki, w oparciu o przesłanki z art. 67 ust.1 pkt 12 ustawy Pzp w zw. z ust.8 i ust.9 tego przepisu, z pominięciem innych zainteresowanych wykonawców, w tym Odwołującego. Bezpośrednim następstwem naruszeń wskazanych przepisów Pzp jest hipotetyczna [możliwa do poniesienia] szkoda wyrażająca się brakiem możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia, do którego wykonywania jest zdolny i deklaruje taką gotowość. W konsekwencji uznanie przez Krajową Izbę Odwoławczą zasadności odwołania i dokonanie przez Zamawiającego żądanych przez wykonawcę czynności, umożliwiłoby wykonawcy

ubieganie się o przedmiotowe zamówienie.

Wnoszący odwołanie - wykonawca Trans Formers naruszenie art. 67 ust.1 pkt 12 ustawy Pzp, odnośnie zamierzonego udzielenia na tej podstawie zamówienia na „Świadczenie usług w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy oraz od właścicieli nieruchomości, na których w części zamieszkują mieszkańcy, a w części nie zamieszkują mieszkańcy, a powstają odpady komunalne, znajdujących się na terenie Gminy Miasta Tarnów” [tzw. zamówienie in-house] na rzecz spółki komunalnej - Miejskiego Przedsiębiorstwa Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowie, upatruje w:

1) braku wykazania, że wskazane zamówienie udzielane w trybie zamówienia z wolnej ręki na tej podstawie nie narusza zasad konkurencji, wynikających z art. 49, art. 56, art. 102 i art. 106 TFUE, co w konsekwencji prowadzi do nieuzasadnionego preferowania jednego z wykonawców z pominięciem innych wykonawców działających na rynku właściwym;

2) niewykazaniu, w zw. z art. 67 ust. 8 i ust. 9 Pzp, przesłanki uprawniającej do zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki na podstawie tego przepisu, dotyczącej procentowego udziału działalności wykonywanej przez podmiot, któremu udziela się zamówienia, na rzecz zamawiającego sprawującego nad nim kontrolę oraz bezzasadnemu przyjęciu, że opisane w Ogłoszeniu o zamiarze udzielenia zamówienia okoliczności mogą być uznane za „reorganizację”, o której mowa w art. 67 ust. 9 Pzp.

3) bezzasadnym, w zw. z art. 67 ust. 8 Pzp oraz art. 67 ust. 9 Pzp, przyjęciu, że dane dotyczące średniego przychodu za 3 lata poprzedzające udzielenie zamówienia dotyczące MPKG są nieadekwatne i w związku z tym, procent działalności wykonywanej przez MPKG

32

na potrzeby zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki można ustalić za pomocą wiarygodnych prognoz handlowych, podczas gdy przedstawione w Ogłoszeniu dane są adekwatne i pokazują, że nie została spełniona przesłanka uprawniająca do zastosowania tego trybu wymagana art. 67 ust. 1 pkt 12 lit. b) Pzp.

4) bezpodstawnym, w zw. z art. 6c ust. 2a ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (UCPG), uznaniu, że zachodzą przesłanki do udzielenia zamówienia z wolnej ręki, podczas gdy przedmiotem postępowania jest odbiór odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, na których w części nie zamieszkują mieszkańcy, które to nieruchomości objęte są na podstawie wskazanego art. 6c ust. 2a UCPG ustawowym obowiązkiem przeprowadzenia przetargu nieograniczonego, co w konsekwencji prowadzi do obejścia przepisów UCPG.

5) nadużyciu przez Zamawiającego, w związku z art. 7 ust. 1 Pzp oraz art. 18 Dyrektywy 2014/24/UE [Dyrektywa] w związku z art. 4 pkt 1 lit. a) i z art. 9 ust. 2 pkt 5 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów (UOKiK) pozycji dominującej na rynku właściwym wyrażającym się w przeciwdziałaniu ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji, z uwagi na wszczęcie postępowania w trybie niekonkurencyjnym, sprzecznym z zasadami konkurencji.

Zgodnie ze wskazanym przepisem art. 67 ust.1 pkt 12 ustawy Pzp, Zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki wtedy, gdy: „12. 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;”. Z kolei w myśl wskazanego w odwołaniu ust. 8 tego przepisu: „8.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.” A z kolei w myśl ust. 9, [mającego zastosowanie w tej sprawie]: „9. W przypadku gdy, ze względu na dzień

udzielenie zamówienia są niedostępne lub nieadekwatne, procent działalności, o którym mowa w ust. 1 pkt 12 lit. b, pkt 13 lit. b, pkt 14 lit. b i pkt 15 lit. c, ustala się za pomocą wiarygodnych prognoz handlowych”.

Zamawiający, w Informacji o zamiarze zawarcia umowy, opublikowanej stosownie do postanowień ust. 11 art. 67 ust. 1 ustawy Pzp w Biuletynie Informacji Publicznej na stronie tego Zamawiającego, w szczególności:

- w jej punkcie II podał: (1) Przedmiotem zamówienia jest „Świadczenie usług w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy oraz od właścicieli nieruchomości, na których w części zamieszkują mieszkańcy, a w części nie zamieszkują mieszkańcy, a powstają odpady komunalne, znajdujących się na terenie Gminy Miasta Tarnowa” (kod CPV 90500000-2, 90533000-2, 90511000-2, 90511300-5, 90512000-9, 90918000-5), o których to nieruchomościach jest mowa w art. 6c ust. 1, 2 i art. 6j ust. 4 ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz. U. z 2016 r. poz. 250, 1020 i 1250). (2) Odpady komunalne mają być odbierane z nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy oraz z nieruchomości, na których w części zamieszkują mieszkańcy, a w części nie zamieszkują mieszkańcy, a powstają odpady komunalne, zlokalizowanych na terenie Gminy Miasta Tarnowa. (3) Odbiór odpadów komunalnych odbywać się będzie bezpośrednio z nieruchomości, z podziałem na następujące frakcje: a) zmieszane (niesegregowane) odpady komunalne zgromadzone w pojemnikach; b) odpady komunalne gromadzone w sposób selektywny, w pojemnikach lub workach, obejmujących: papier, szkło, odpady z tworzyw sztucznych i metali oraz opakowania wielomateriałowe; c) tekstylia; d) meble i inne odpady wielkogabarytowe; e) zużyty sprzęt elektryczny i elektroniczny; f) odpady zielone. (4) Ilość wytworzonych odpadów komunalnych na terenie Gminy Miasta Tarnowa oraz ilość pojemników nie jest zależna od Zamawiającego. Ustalone ilości są szacunkowe i mogą ulec zmianie stosownie do rzeczywistych potrzeb Zamawiającego, z uwzględnieniem ilości odpadów wytworzonych przez wytwórców.

- w jej punkcie III i IV wskazał: (a) na łączną wartość zamówienia w okresie: 1 lutego 2017 - 31 grudnia 2020 r. w podziale na cztery Sektory dla których określił odpowiednio wielkości odpadów wyrażone w Mg oraz wskazał na wartości (netto i brutto) wyrażone w PLN, oraz w euro dla wartości netto. Ich łączna wartość z uwzględnieniem 159 330 Mg (łącznie z sektorów) została określona odpowiednio: netto 22. 379. 970 zł i brutto 24.170.367,60 zł oraz 5. 360. 600,55 euro; (b) że zamówienia zamierza udzielić na rzecz Miejskiego Przedsiębiorstwa Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. z Tarnowa.

- w jej punkcie V podał: „Podstawę prawną udzielenia zamówienia stanowią przepisy art. 67 ust 1 pkt 12 i ust. 9 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U.

34

z 2015 r. poz. 2164, z 2016 r. poz. 831, poz. 996, poz. 1020, poz. 1250, poz. 1265, poz. 1579 i poz. 1920) - zwaną dalej ustawą Pzp zgodnie z którym może udzielić zamówienia z wolnej ręki osobie prawnej, jeżeli zamówienie udzielane jest przez Zamawiającego, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1 -3a i 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”. Stwierdził dalej, że wszystkie przesłanki wymienione w tym przepisie są spełnione i wskazał: „Zamawiający będąc Jednostką Samorządu Terytorialnego należy do grona jednostek sektora finansów publicznych, o których mowa w art. 9 pkt 2 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych. (Dz. U. z 2016 r. poz. 1870 i 1984).

Podmiot, któremu Zamawiający zamierza udzielić zamówienia będąc spółką prawa handlowego, spółką z ograniczoną odpowiedzialnością wpisaną do Krajowego Rejestru Sądowego pod numerem 000016831 posiada osobowość prawną. Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością jest jednoosobową spółką Gminy Miasta Tarnowa. Kapitał zakładowy spółki wynosi 3.195.500,- zł. Wszystkie 6.391 udziałów w spółce o wartości nominalnej 3.195.500,- zł posiada Gmina Miasta Tarnowa. W spółce nie ma innych udziałów niż należące do Gminy Miasta Tarnowa, stąd warunek z art. 67 ust. 1 pkt 12 lit. c ustawy Pzp jest spełniony.

Zgodnie z aktualnym brzmieniem § 14 ust. 1 aktu przekształcenia przedsiębiorstwa komunalnego w spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością Miejskiego Przedsiębiorstwa Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. w Tarnowie, stanowiącego umowę spółki, Rada Nadzorcza składa się z pięciu członków. Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością powstało z przekształcenia przedsiębiorstwa komunalnego, Miejskiego Przedsiębiorstwa Komunalnego w Tarnowie w spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością. Przekształcenia dokonano aktem notarialnym sporządzonym w dniu 29 maja 1992 r., przed notariuszem Ireną Jasiak, kancelaria notarialna w Tarnowie, ul. Wałowa 4, rep a nr 9209/92. Przekształcenia dokonano w oparciu o przepisy ustawy z dnia 13 lipca 1990 r. o prywatyzacji przedsiębiorstw państwowych (Dz. U. z 1990 r. Nr 51, poz. 298), stąd do Rady Nadzorczej tej spółki ma zastosowanie przepis art. 18 ust. 3 ustawy z dnia 20 grudnia 1996 r. o gospodarce komunalnej, (t.j. Dz. U. z 2016 r. poz. 573 z

35

późn. zm.), który przewiduje, że w Radzie Nadzorczej liczącej do sześciu członków, dwóch członków rady powołują pracownicy.

W Miejskim Przedsiębiorstwie Gospodarki Komunalnej Prezydent Miasta Tarnowa powołuje zatem 3 członków Rady Nadzorczej, a więc większość członków tego organu, co obok faktu, że Prezydent reprezentuje 100% kapitału zakładowego spółki na walnym zgromadzeniu sprawia, że Gmina Miasta Tarnowa 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 określony w art. 67 ust. 1 pkt 12 lit. a ustawy Pzp jest spełniony.

Warunek określony w art. 67 ust. 1 pkt 12 lit. b ustawy Pzp, aby ponad 90% działalności kontrolowanej osoby prawnej dotyczyło wykonywania zadań powierzonych jej przez zamawiającego, Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spełnia przy uwzględnieniu przepisu art. 67 ust. 12 ustawy Pzp. Przepis ten dopuszcza, by w przypadku reorganizacji działalności osoby prawnej, której ma być powierzone zamówienie procent działalności, o którym mowa w ust. 1 pkt 12 lit. b ustawy Pzp, ustalać za pomocą wiarygodnych prognoz handlowych.

W Miejskim Przedsiębiorstwie Gospodarki Komunalnej Spółce z ograniczoną

do ograniczenia odpowiedzialnością

przeprowadzono reorganizację zmierzającą

świadczenia przez nią usług komercyjnych do poziomu poniżej 10%. Na tę reorganizację złożyło się szereg działań. I tak, w efekcie nie przystępowania w 2016 roku do przetargów na odbiór odpadów komunalnych z okolicznych gmin, w szczególności zaś tych, które wcześniej obsługiwała, z dniem 31 grudnia 2016 r. Spółka zaprzestała świadczenia usług odbioru odpadów komunalnych z innych gmin niż Gmina Miasta Tarnowa. Dokonano zmiany umowy spółki dodając między innymi postanowienia dotyczące wykonywania przez Spółkę na rzecz Gminy Miasta Tarnowa organizowania i prowadzenia odbioru odpadów komunalnych z terenu miasta Tarnowa oraz wyłączono prawo pobierania przez wspólników dywidendy w okresie powierzenia jej wykonywania zadań użyteczności publicznej. Dokonano zmiany regulaminu organizacyjnego dostosowującej strukturę organizacyjną Spółki do świadczenia usług głównie na rzecz Gminy Miasta Tarnowa. Podjęto szereg czynności organizacyjnych oraz faktycznych zmierzających do objęcia świadczeniem usług odbioru odpadów komunalnych z terenu miasta Tarnowa, takich jak: nabycie pojemników na odpady odpowiadających specyfice zamówienia, rozpoczęcie procedury zakupu samochodów specjalistycznych w celu unowocześnienia posiadanego taboru oraz zatrudnienie dodatkowych pracowników operacyjnych.

Spółka opracowała prognozę handlową na lata 2017-2020. Z prognozy tej wynika, że przy powierzeniu Spółce świadczenia usług odbioru odpadów komunalnych z terenu miasta

zagospodarowania odpadów komunalnych i utrzymania ulic, które to zadania Miasto powierzyło Spółce już wcześniej, a to na podstawie umowy wykonawczej z dnia 28 czerwca 2013 r. stanowić będą blisko 100% jej przychodów. Zamawiający zweryfikował tę prognozę i uznał, że jest wiarygodna. Prognoza ta w części dotyczącej warunków gospodarowania w zakresie zagospodarowania odpadów komunalnych i utrzymania ulic bazuje na prognozach wynikających z ostatniej aktualizacji projekcji finansowej do umowy wykonawczej z 2013 roku i jest z nimi zgodna. Wiarygodność tej części prognozy nie budzi wątpliwości zamawiającego, który rozlicza realizację umowy wykonawczej na bieżąco. Prawdliwość wykonywania tej umowy weryfikowana jest każdego roku przez biegłych rewidentów przy okazji badania sprawozdania finansowego Spółki. Była też przedmiotem audytu dokonanego pod kątem prawidłowości wypłacanej Spółce rekompensaty. Audyt ten nie wykazał występowania nadmierności pobierania rekompensaty przez MPGK Sp. z o.o. Część prognozy odnosząca się do warunków gospodarowania w zakresie odbioru odpadów komunalnych bazuje na danych znanych zamawiającemu, który od 1 lipca 2013 r. kontraktuje odbiór odpadów komunalnych z terenu miasta Tarnowa. Ilości odpadów komunalnych przyjętych do projekcji są wiarygodne. Sugerowana cena netto za transport tych odpadów jest realna i gwarantuje pokrycie kosztów. Ostateczna cena ustalona zostanie w drodze negocjacji. Reasumując tę część uzasadnienia należy stwierdzić, że warunek określony w art. 67 ust. 1 pkt 12 lit. b w związku z art. 67 ust. 12 ustawy Pzp jest spełniony. Wyboru trybu udzielenia zamówienia z wolnej ręki dokonano przede wszystkim w celu zapewnienia mieszkańcom miasta Tarnowa wysokiej jakości usług oraz świadczenia ich po niskich cenach, a to wobec ustalenia przez Radę Miejską w Tarnowie opłat za gospodarowanie odpadami w wysokości nie zapewniającej pełnego finansowania funkcjonowania systemu gospodarowania odpadami komunalnymi. Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. jako spółka komunalna nie jest nastawiona na generowanie wysokiego zysku, a Gmina Miasta Tarnowa nie pobiera od niej dywidendy, stąd cały zysk przeznaczany jest na rozwój firmy. O niskim koszcie usług wykonywanych przez MPGK świadczyć mogą wyniki ostatnich przetargów organizowanych przez gminy, w których MPGK zaprzestała realizacji zleceń w zakresie odbioru odpadów komunalnych. I tak w gminach: Dębno, Ryglíce, Wietrzychowice, Żabno cz. I i Żabno cz. 2 po wycofaniu się MPGK oferowane przez innych wykonawców najkorzystniejsze ceny wzrosły odpowiednio o 27%, 25%, 41%, 10% i 17%. Nie ma racjonalnych powodów, dla których Spółka miejska miała by świadczyć usługi po niskich cenach mieszkańcom innych gmin, a nie własnej gminie. Jakość usług MPGK jest przy tym bardzo wysoka. MPGK świadcząc usługi odbioru odpadów komunalnych w Tarnowie, jako jedna z dwóch firm spośród wszystkich podmiotów obsługujących sektory nie zostało obciążone karami umownymi za nienależyte wykonywanie

37

umowy. Wysoka jakość i niska cena usług świadczonych przez MPGK została doceniona przez gminy, które spółka ta obsługiwała, a które musiały zmienić operatorów. Powierzenie MPGK odbioru odpadów komunalnych z terenu całego miasta Tarnowa jest też jedyną skuteczną metodą dla uzyskania pewności, że wszystkie odpady, za których odbiór i zagospodarowanie płaci miasto pochodzą z jego terenu. Powierzenie Spółce świadczenia usług odbioru odpadów komunalnych jest też konsekwencją dokonanego w 2013 roku zamówienia in-house świadczenia usług z zakresu zagospodarowania odpadów komunalnych oraz utrzymania ulic. Zawierając w 2013 roku umowę wykonawczą określono, że większość zadań spółka wykonywać będzie w ramach powierzenia. Nie określono przy tym sztywnego procentu działalności na rzecz zamawiającego. Obecnie po wejściu w życie dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającą dyrektywę 2004/18/WE zaszła konieczność ograniczenia komercyjnej działalności spółki do 20% jej przychodów. Określenie tak niskiego progu sprawiło, że utrzymanie świadczenia usług odbioru odpadów komunalnych na rynku lokalnych gmin było trudne i Spółka zmuszona była ograniczyć swą działalność na tym obszarze. Powierzenie Spółce świadczenia usług odbioru odpadów komunalnych z miasta Tarnowa i zaprzestanie świadczenia tych usług na rzecz

innych podmiotów poprawia warunki gospodarowania Spółki oraz sprawia, że dostosowywanie się do wymogów zmienionej prawa nie ogranicza jej potencjału”.
- w jej punkcie VI wskazał, że „Planowany termin realizacji zamówienia i czas trwania umowy obejmuje okres od dnia podpisania umowy, jednak nie wcześniej niż od dnia 1 lutego 2017 r. do dnia 31 grudnia 2020 r.”

Rozpoznając zarzut odnoszący się do braku wykazania, że udzielane w tym trybie zamówienie nie narusza zasad konkurencji, wynikających z art. 49, art. 56, art. 102 i art. 106 TFUE [Traktat o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej], co w konsekwencji prowadzi do nieuzasadnionego preferowania jednego z wykonawców zainteresowanych zamówieniem z pominięciem innych wykonawców działających na rynku właściwym, Izba miała na uwadze następujące okoliczności:

Przede wszystkim regulacje ustawy Pzp – zawarte m.in. w kwestionowanym art. 67 ust.1 pkt 12 oraz w ust. 9 i 11 – są konsekwencją wdrożenia przepisów Dyrektywy do polskiego systemu prawnego. Tak jak podnoszono w toku rozprawy, w początkowej fazie prac nad projektem nowelizowanej ustawy Pzp zaproponowano odwzorowanie postanowień Dyrektywy w zakresie instytucji in-house, która w art. 12 w odniesieniu do analogicznych zamówień publicznych stanowi, że te zamówienia udzielone przez instytucję zamawiającą osobie prawa prywatnego lub publicznego nie są objęte zakresem stosowania tej Dyrektywy. Oczywiście takie wyłączenie jest możliwe tylko w okolicznościach wskazanych w tej

38

Dyrektywie, które m.in. odpowiadają przesłankom z art. 67 ust.1 pkt 12 lit. a – c, z tym, że wskaźnik określony w lit. b) odnosi się do 80 % kontrolowanej działalności, a nie 90 % jak w przepisie krajowym [ustawa Pzp]. W toku dyskusji nad projektem w drodze kompromisu przyjęto wersję zaproponowaną w rządowym projekcie ustawy [z dnia 24 marca 2016 r. - druk Sejmu VIII kadencji nr 366) w wyniku którego zamówienia in-house zostały objęte reżimem zamówień publicznych z zastrzeżeniem, że będą udzielane w trybie niekonkurencyjnym – w trybie zamówienia z wolnej ręki. W istocie, wyłączenie przewidziane w art. 12 Dyrektywy nie uprawnia Zamawiającego do wyłączenia zamówień publicznych spod wszelkich reguł przewidzianych w TFUE, które to reguły uwzględnia art. 12 Dyrektywy. W konsekwencji przepisy dotyczące instytucji in - house wprowadzone do ustawy Pzp (w tym rozpatrywany w niniejszej sprawie art. 67 ust. 1 pkt 12 oraz ust. 8 i 9 oraz ust. 11) zostały – zdaniem Izby -dostosowane do Dyrektywy i TFUE, a jednocześnie ustawodawca krajowy określił dodatkowe wymagania i tryb, w którym takie zamówienia mogą być udzielane.

Izba zgodziła się z Zamawiającym i przystępującym po jego stronie MPGK (strona zamawiająca), że powoływany w odwołaniu art. 32 oraz art. 26 Dyrektywy 2014/24/UE dotyczy odrębnego trybu negocjacji bez ogłoszenia, który w Dyrektywie rozgraniczono od instytucji in – house, co potwierdza wykładnia systemowa Dyrektywy [art. 12 znajduje się w Tytule I, Rozdziale I „Zakres stosowania i definicje” Sekcja 3 „Wyłączenia”, natomiast art. 32 umiejscowiony jest w Tytule II, Rozdziale I „Procedury”]. Podobnie ustawa Pzp taki tryb przewiduje, regulując go odrębnie w art. 62 i następnych tej ustawy. Ustawodawca krajowy, implementując do ustawy – Prawo zamówień publicznych dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. [tzw. Dyrektywę klasyczną], jak już wskazywano, rozszerzył dopuszczalny zakres udzielania zamówień „in - house”, określając jednocześnie [podobnie jak Dyrektywa w jej art.12] warunki, które musi spełnić zarówno zamawiający, jak i wykonawca na rzecz którego zostanie udzielone takie zamówienie. Właśnie te warunki niewątpliwie zmiierają do ochrony jednej z kluczowych zasad wymaganych także wskazanymi przepisami TFUE.

Izba podzieliła pogląd strony zamawiającej, że wskazywane w odwołaniu przepisy TFUE [podobnie przepisy ustawy Pzp] nie nakładają na zamawiającego obowiązku wykazania, że planując udzielenie zamówienia w trybie zamówienia z wolnej ręki jest obowiązany także wykazać, przedstawiając analizy, że nie narusza zasad konkurencji w inny sposób, aniżeli poprzez wykazanie przesłanek wymaganych art. 67 ust.1 pkt 12 Pzp dla zastosowania tej podstawy prawnej. Izba stwierdza, że Odwołujący nie wskazał z jakiego innego powodu [ewentualnie braku jakiego dokumentu], miałyby wynikać, że zasada ta została naruszona. Nie wskazuje także, które postanowienie z Ogłoszenia miałyby wskazywać na naruszenie zasady konkurencji. Tak jak podał Zamawiający, przed

39

udzieleniem zamówienia na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 12-15, zamieścił w Biuletynie Informacji Publicznej na jego stronie podmiotowej - zgodnie z art. 67 ust. 11 Pzp – Informację o zamiarze zawarcia umowy zawierającą, w wymaganym przepisie zakresie dane, co do zamawiającego, przedmiotu zamówienia i jego zakresu, szacunkowej wartości zamówienia, wykonawcy, któremu zamierza udzielić zamówienia, podstawy prawnej wraz z uzasadnieniem wyboru trybu udzielenia zamówienia z wolnej ręki, planowanego terminu realizacji zamówienia i czas trwania umowy, a także wskazał, że w innym miejscu takie ogłoszenie nie zostało zamieszczone [opublikowane]. Izba podkreśla, że wymagany pkt 5 przepisu obowiązek wykazania w Informacji uzasadnienia wyboru trybu udzielenia zamówienia z wolnej ręki dotyczący obowiązku wykazania spełniania warunków określonych w art. 67 ust. 1 pkt 12 Pzp w związku z ust. 8 – 10 został szczegółowo w punkcie V tej Informacji omówiony ze wskazaniem przesłanki, której dana część tego punktu dotyczy.

Izba, nawiązując do twierdzenia Odwołującego, że decyzja o udzieleniu zamówienia in-house powinna zostać poprzedzona analizą w przedmiocie konkurencji na rynku właściwym dla przedmiotowego zamówienia, podkreśla, że ustawa Pzp, w tym art. 67 ust. 1 i nast. [podobnie art. 12 Dyrektywy] takiego obowiązku nie przewiduje. Nie można zatem domagać się od zamawiającego przedłożenia takiej analizy, w jakiejś szczególnej formie. Izba jednocześnie zauważa, że podane w pkt V Informacji dane odnoszą się do ustaleń Zamawiającego, w zakresie przesłanek z art. 67 ust. 1 pkt 12 Pzp i takie ustalenie jest niczym innym jak analizą dokonaną w celu podjęcia decyzji czy dopuszczalne jest skorzystanie z instytucji in-house.

Izba nie zgodziła się ze stanowiskiem Odwołującego i przystępujących po jego stronie wykonawców, że zainteresowanie zamówieniem przez inne podmioty (po ogłoszeniu informacji o zamiarze zawarcia umowy) powoduje, że Zamawiający nie może udzielić zamówienia w trybie in - house, bo prowadziłoby to do naruszenia konkurencji.

Obowiązek publikacji Informacji o zamiarze zawarcia umowy w tym trybie, zdaniem Izby, ma na celu wyłącznie umożliwienie innym podmiotom dokonania oceny, czy zamawiający ma podstawy do udzielenia zamówienia in-house w świetle przesłanek przewidzianych w Pzp. Zdaniem Izby, nie było intencją ustawodawcy, aby w przypadku zainteresowania się innych podmiotów zamówieniem in - house (po zamieszczeniu informacji o zamiarze zawarcia umowy) zamawiający przerwał rozpoczętą procedurę zmierzającą do udzielenia zamówienia w tym trybie, w tym przypadku na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp. Taka intencja wyrażona zostałaby w przesłance stanowiącej o obowiązku odstąpienia od tej procedury lub też, jako przesłanka powodująca unieważnienie postępowania. Zdaniem Izby, zobowiązując zamawiającego do zamieszczenia takiej

40

Informacji o zamiarze (...) 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.

Odnośnie zarzutu nadużycia przez Zamawiającego pozycji dominującej na rynku właściwym, wyrażającym się w przeciwdziałaniu ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji z uwagi na sprzeczność z zasadami konkurencji zastosowanie instytucji in-house, Izba zgodziła się ze stanowiskiem Zamawiającego, że akceptacja argumentacji wnoszącego odwołanie wykonawcy, co do nadużycia przez zamawiającego pozycji dominującej, w konsekwencji prowadziłaby do wniosku, że skorzystanie przez zamawiającego z instytucji in-house prowadzi z założenia do takiego nadużycia. Tymczasem, zarówno Dyrektywa jak i ustawa Pzp, regulując instytucje in-house uznają uprzywilejowaną pozycję zamawiającego pod warunkiem, że dla udzielenia zamówienia na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 12 z zastosowaniem ust. 8 i ust. 9 ustawy Pzp, spełnione zostają określone przepisami przesłanki dla tej szczególnej instytucji. Zdaniem Izby, gdyby zgodzić się z Odwołującym, należałoby uznać, że tymi regulacjami ustawodawca zezwolił na zachowanie sprzeczne z celami UOKiK i jej art. 9, który nie pozwala na praktyki antykonkurencyjne, w tym przypadku mające się wyrażać w nadużyciu pozycji dominującej

podmiotu zamawiającego wynikające z zastosowania instytucji in-house. W przekonaniu Izby, przyznana zamawiającemu niewątpliwie przewaga w wyborze procedury i możliwość zastosowania spornej instytucji in-house mogą być postrzegane, jako ograniczenie konkurencji, ale tylko w granicach wyznaczonych prawem, bez możliwości jej wykorzystywania w sposób naganny w rozumieniu UOKiK.

Odnosząc zarzut niewykazania, w zw. z art. 67 ust. 8 i ust. 9 Pzp, przesłanki uprawniającą do zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki na podstawie tego przepisu, a dotyczącą procentowego udziału działalności wykonywanej przez podmiot, któremu udziela się zamówienia, na rzecz zamawiającego sprawującego nad nim kontrolę oraz bezzasadnemu przyjęciu, że opisane w Ogłoszeniu o zamiarze udzielenia zamówienia okoliczności mogą być uznane za „reorganizację”, w rozumieniu art. 67 ust. 9 Pzp, Izba uznając także ten zarzut za niezasadny wskazuje na następujące okoliczności.

Powyższy zarzut Odwołujący opart na twierdzeniu, że w celu stwierdzenia, czy mamy do czynienia ze spełnieniem przesłanki, o której mowa w art. 67 ust. 1 pkt 12 lit. b) Pzp w związku z jego ust. 9 powinny zostać spełnione dwa warunki: (a) po pierwsze, musi mieć

41

miejsce utworzenie, rozpoczęcie lub reorganizacja działalności osoby prawnej lub zamawiającego; (b) po drugie, dane dotyczące średniego przychodu za ostatnie 3 lata powinny być niedostępne lub nieadekwatne ze względu na dzień utworzenia, rozpoczęcia lub reorganizacji działalności. Zdaniem Odwołującego, w stanie faktycznym sprawy, Zamawiający niezasadnie powołuje się na reorganizację działalności MPGK, jako podstawę uzasadniającą zastosowanie art. 67 ust. 9 Pzp. Odwołujący w reorganizacji podmiotu gospodarczego, [w tym przypadku spółki] – wskazując na adekwatne jego zdaniem źródła, o czym poniżej oraz słownik języka polskiego i intencje ustawodawcy - upatruje zorganizowanie czegoś na nowo, w inny sposób i, która w swoich skutkach mogłaby być porównywalna do sytuacji spółki na dzień utworzenia lub rozpoczęcia działalności. Podkreślając brak takiej definicji w Pzp wskazał także, że na cele określenia pojęcia „reorganizacja” najbliższe jest pomocnicze odwołanie się do Kodeksu pracy, który zawiera pojęcie „reorganizacja zakładu pracy”.

Odnosząc się do twierdzeń odwołania, co zastosowania regulacji z zakresu prawa pracy (także orzecznictwa sądów pracy) i nie zgadzając się z tym stanowiskiem Izba podkreśla, że przepisy Kodeksu pracy, jak jednoznacznie wskazano w jego art. 1 regulują prawa i obowiązki pracowników i pracodawców. Powołane orzecznictwo definiujące „reorganizację” pod kątem likwidacji, łączenia, czy podziału stanowisk pracy, czy komórek organizacyjnych jest, co najwyżej, pośrednio adekwatne do reorganizacji mającej miejsce w spółce MPGK, albowiem skutkiem zmiany zakresu działalności, są zmiany organizacyjne, w tym likwidacja działu handlowego i przeniesienie jego pracowników do innego segmentu związanego z odbiorem odpadów.

Także zdaniem Izby, nie można zgodzić się z twierdzeniem wnoszącego odwołanie wykonawcy, że intencją ustawodawcy było, aby reorganizacja, o której mowa w art. 67 ust.9 ustawy Pzp w swoich skutkach była porównywalna do sytuacji na dzień utworzenia lub rozpoczęcia działalności jednostki, a zatem, aby skutek reorganizacji był porównywalny do sytuacji podmiotu nowopowstałego. Zdaniem Izby, jednym ze sposobów reorganizacji jest zmiana zakresu działalności, na co wskazuje także Odwołujący powołując się na interpretację tego pojęcia przedstawioną przez podsekretarza stanu w Ministerstwie Rozwoju w odpowiedzi na Interpelację nr 6264. Zgodnie z wyrażonym w tej odpowiedzi stanowiskiem, za reorganizację w rozumieniu przepisów Pzp należy uznać m.in obok przekształcenia podmiotowego jednostki, czy reorganizacji struktury właścicielskiej, także zmianę zakresu działalności przedsiębiorstwa. Taka właśnie zmiana, zmiana zakresu działalności, ma miejsce w działalności prowadzonej przez spółkę MPGK.

42

Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. – jak podnosiła strona zamawiająca - jest przedsiębiorstwem komunalnym świadczącym usługi użyteczności publicznej w zakresie gospodarki odpadami oraz oczyszczania miasta. Spółka działa na

rynku, jako podmiot wewnętrzny Gminy Miasta Tarnowa ze względu na wykonywanie części jej zadań własnych. Proces przekształcenia Spółki w podmiot wewnętrzny został zapoczątkowany w lipcu 2013 r. powierzeniem Spółce wykonywania zadań zagospodarowywania odpadów w instalacji mechaniczno-biologicznego przetwarzania odpadów komunalnych posiadającej status RIPOK oraz całorocznego oczyszczanie ulic i placów na mocy uchwały Nr XXXVII/524/2013 Rady Miejskiej w Tarnowie z dnia 20 czerwca 2013 r. i na, której to podstawie została zawarta w dniu 28 czerwca 2013 r. Umowa Wykonawcza nr IU7021.2.2013. Obowiązujące w tym okresie uregulowania prawne definiowały udział wykonywania zadań na rzecz organu założycielskiego, jako przeważająca większość w stosunku do ogółu przychodów. Zdaniem Izby nie ma podstaw do kwestionowania poglądu przystępującej spółki MP GK, że „Gdyby w roku 2013 procent działalności powierzonej został określony liczbowo, dzisiaj bez wątplenia Spółka mogłaby bazować na danych historycznych”. Odbiór odpadów w regulacjach obowiązujących w roku 2013, [zgodnie z art. 6d. ust. 1 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach w brzmieniu „Wójt, burmistrz lub prezydent miasta jest obowiązany zorganizować przetarg na odbieranie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, o których mowa w art. 6c, albo przetarg na odbieranie i zagospodarowanie tych odpadów.”], został wyłączony z możliwości jego powierzenia z pominięciem procedury przetargowej. Nowelizacją [art. 7 ustawy o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw] przepis ten został zmieniony [zgodnie z jego aktualnym brzmieniem: „art. 6d. ust. Wójt, burmistrz lub prezydent miasta jest obowiązany udzielić zamówienia publicznego na odbieranie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, o których mowa w art. 6c, albo zamówienia publicznego na odbieranie i zagospodarowanie tych odpadów.”] i możliwe jest wykonywanie zadań własnych gminy w zakresie odbioru odpadów bez konieczności stosowania trybu przetargowego i organizowania przetargu, przy czym jednym z trzech warunków wykonywania tej działalności, jest określony art. 67 ust.1 pkt 12 dziewięćdziesięcioprocentowy udział działalności powierzonej w ogóle działalności mierzony wielkością wygenerowanych obrotów. Tak jak podnosiła strona zamawiająca, nie wyznaczony został okres na dostosowanie się podmiotów do spełnienia tego warunku. Z tego też względu nie można kwestionować twierdzeń strony zamawiającej, że „W następstwie tych zmian prawnych rozpoczęto u Przystępującego proces reorganizacji działalności, koncentrując wykonywanie wszystkich zadań użyteczności publicznej wyłącznie na rzecz Gminy Miasta Tarnowa (...)”. Zmiany takie, w szczególności są związane z

43

zakończeniem na dzień 31.12.2016 r. przez Spółkę świadczenia usług na rzecz okolicznych gmin i podmiotów gospodarczych dotychczas obsługiwanych w zakresie odbioru odpadów (łącznie w 17 gminach), czego potwierdzeniem było dokonanie wypowiedzeń 600 umów. Jak wskazała Spółka MP GK udział odpadów odbieranych w stosunku do ogółu odpadów sięgał 55 %, co stanowiło znaczącą część działalności Spółki. Izba zwraca także uwagę na podjęte, co najmniej w połowie 2016 r., działania w Spółce MP GK związane z przekształceniami o charakterze reorganizacyjnym przedsiębiorstwa, których efektem są uchwały Nadzwyczajnego Zgromadzenia Wspólników i wynikające z nich zdarzenia, a mianowicie: 1) uchwałą nr 16/2016 z dnia 28.10.2016 r. Miejskiego zatwierdzono Strategię Przedsiębiorstwa Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. w Tarnowie na lata 2016 – 2020, w którym to dokumencie w jego punkcie V.3 w odniesieniu do kierunków rozwoju w zakresie odbioru odpadów ustalono: „W związku z korzystnymi dla Spółki zmianami wprowadzonymi ustawą Pzp w zakresie transportu odpadów, zakłada się powierzenie z dniem 01.01.2017 r. świadczenia usługi odbioru odpadów z terenu całego miasta. Z uwagi na postanowienia przepisów krajowych w kwestii dotyczącej utrzymania na poziomie 90 % wskaźnika działalności powierzonej w stosunku do działalności komercyjnej, konieczna jest reorganizacja działalności Spółki, polegająca na skoncentrowaniu swojego zaangażowania wyłącznie na obszarze miasta Tarnowa. Udział w przetargach, zarówno w innych gminach jak również na nieruchomościach niezamieszkałych Gminy Miasta Tarnowa będzie ograniczony do poziomu dopuszczalnego wskaźnika. Rozwiązanie takie jest niezbędne, aby Spółka mogła funkcjonować jako podmiot wewnętrzny, świadcząc usługi, do których została powołana, w nowym trybie przewidzianym w przepisach zarówno krajowych jak i unijnych dla tego typu podmiotów.”

2) uchwałą nr 17/2016 (w akcie przekształcenia przedsiębiorstwa komunalnego w Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością stanowiącym umowę Spółki) dokonano zmian m.in. w jej §

6, które związane były z zamiarem powierzenia Spółce w trybie „in - house” (na podstawie art. 67 ustawy Pzp) realizowanie zadań własnych Gminy Miasta Tarnowa w zakresie utrzymania czystości i porządku oraz urządzeń sanitarnych, wysypisk i unieszkodliwiania odpadów komunalnych oraz gminnych dróg, ulic, mostów, placów, poprzez świadczenie na rzecz Gminy Miasta Tarnowa, w tym zakresie organizowania i odbioru odpadów oraz eksploatacji regionalnej instalacji przetwarzania odpadów komunalnych i zagospodarowanie odpadów komunalnych z terenu miasta Tarnowa (zmieszanych i selekcjonowanych) oraz z terenu gmin wskazanych w Planie Gospodarki Odpadami dla Województwa Małopolskiego od dnia 1.02.2017 r. Także ta Spółka ma świadczyć w takim zakresie usługi na rzecz gmin, od których Gmina Miasta Tarnowa przejęła odpowiednie obowiązki w drodze porozumień. W toku postępowania odwoławczego Spółka przedłożyła stosowny dokument rejestrowy,

44

uzyskany na podstawie wniosku z dnia 4 stycznia 2017 r. złożonego do Sądu Rejestrowego o zmianę danych podmiotu w rejestrze przedsiębiorców.

Kolejne zdarzenie dotyczy zmian wynikających z Regulaminu Organizacyjnego Spółki, co do dostosowania go do potrzeb obecnie wdrażanej kluczowej działalności, związanej z wykonywaniem zadań na rzecz Gminy Miasta Tarnowa. Jedną z nich była likwidacja działu handlowego w związku z rezygnacją z przystępowania do organizowanych przez okoliczne gminy postępowań przetargowych oraz rozwiązaniem umów na obsługę w zakresie odbioru odpadów (ok. 550 podmiotów gospodarczych) na terenie powiatów tarnowskiego, dąbrowskiego i brzeskiego. Zostały też zmienione i uszczegółowione zadania pracowników działu oczyszczania. Konsekwencją tych zmian było wprowadzenie nowej struktury organizacyjnej i nowego schematu organizacyjnego Spółki. Na okoliczność tych zmian przedłożony zostały na rozprawie przed KIO Regulamin Organizacyjny Miejskiego Przedsiębiorstwa Gospodarki Komunalnej sp. z o.o. w Tarnowie wraz z uchwałami. Także, z reorganizacją Spółki są związane zmiany w polityce rachunkowości podmiotu z uwagi na powierzenie tego zadania [„Odbiór odpadów z nieruchomości zamieszkałych na terenie Gminy Miasta Tarnowa”] w trybie „In house”, co - jak wskazywała MP GK - „pociąga za sobą konsekwencje właściwego ewidencjonowania poprzez wydzielenie z systemu księgowego kont dotyczących działalności powierzonej. Ma to umożliwić wyodrębnienie bezpośrednio z ksiąg rachunkowych przychodów i kosztów w odniesieniu do każdego z zadań powierzonych tym trybem. W tym celu Uchwałą nr 12/2016 Zarządu Miejskiego Przedsiębiorstwa Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. w Tarnowie z dnia 28.12.2016 r. w sprawie wprowadzenia zmian w przyjętych zasadach (polityce) rachunkowości dokonano aktualizacji w zakresie załączników związanych z tym zagadnieniem. Zmian dokonano w obrębie: załącznika nr 6 - Wykaz kont służących ewidencjonowaniu zdarzeń związanych z realizacją zadań własnych gminy powierzonych Spółce w trybie „in house” i załącznika nr 7 - Sposób rozliczenia kosztów zaewidencjonowanych w układzie kalkulacyjnym (zespolu nr 5)”. Strona zamawiająca wskazywała także, że Spółka ograniczyła działalność na rynku komercyjnym, co spowodowało zmianę zakresu jego działalności, czego skutkiem jest zmiana struktury kosztów i zmiana ewidencji księgowej. Wynikiem powierzenia przedmiotowego zadania jest także zmiana świadczenia usług w dwuzmianowym systemie, przede wszystkim w zakresie odbioru odpadów wielkogabarytowych i zielonych, których odbiór nie jest objęty stałą częstotliwością wywozu, a która to zmiana została wprowadzona uchwałą Zarządu Miejskiego Przedsiębiorstwa Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. w Tarnowie nr 13/2016 z dnia 28.12.2016 r. W wyjaśnieniach składanych na rozprawie Spółka podkreślała także, że od stycznia 2017 roku cały potencjał osobowy oraz sprzętowy jest wykorzystywany wyłącznie do zaspokojenia potrzeb mieszkańców Gminy Miasta Tarnowa. Wskazywane w odwołaniu dwie umowy, których czas obowiązywania upływał z dniem

45

31.01.2017 r., a drugiej upływa z dniem 31.03.2017 r. na łączną wartość przychodów w kwocie ok. 1400 zł mają niewątpliwie dla tej sprawy marginalne znaczenie. Podobnie takie znaczenie należy przypisać uczestnictwu Spółki w przetargu w marcu 2016 r., chociażby dlatego, że - jak wskazywała strona zamawiająca - w dacie ogłoszenia, składania ofert jak również rozstrzygnięcia przedmiotowego postępowania ustawa Pzp w aktualnym brzmieniu nie obowiązywała. Nie był również znany jej ostateczny kształt oraz termin wejścia w życie.

Dalej Izba stwierdza, że Spółka, w ramach postępowania dowodowego przed Izbą, wykazała na potwierdzenie działań reorganizacyjnych, także wzrost zatrudnienia w segmencie organizacji odbioru odpadów, a także realizowane inwestycje w zakresie sprzętu i unowocześniania środków transportu. Niewątpliwie wskazane zmiany organizacyjne, w tym personalne i techniczne również związane są z wypełnieniem normy art. 36a ust.2a ustawy Pzp zgodnie z którą: „Wykonawca, któremu udzielono zamówienia na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 12-14, którego przedmiotem jest świadczenie usług użyteczności publicznej lub roboty budowlane, jest obowiązany osobiście wykonać kluczowe części tych usług lub robót”.

Reasumując, wskazywane okoliczności, zdaniem Izby, świadczą o reorganizacji Spółki, której rozpoczęcie miało na celu przygotowanie MPKG do świadczenia usługi odbioru odpadów w zakresie realizacji zadań własnych gminy w systemie in-house, wypełniając jednocześnie obowiązki nałożone zapisami Planu Gospodarki Odpadami Województwa Małopolskiego dla podmiotów o statusie RIPOK, w zakresie których MPKG przetwarza odpady zmieszane i selektywnie zebrane wytworzone w obrębie regionu tarnowskiego, w tym pochodzące z Gminą Miasta Tarnowa, co zostało określone w umowie wykonawczej.

Izba zgodziła się ze stanowiskiem strony zamawiającej, że reorganizacja to proces ze swej istoty, z założenia raczej długofalowy, a w przypadku reorganizacji działalności, decydujące znaczenie ma wpływ dokonanych zmian na dane finansowe podmiotu, w tym na zmianę struktury przepływów finansowych. W związku z tak obiektywnie rozumianą reorganizacją działalności Spółki i zmianą w zakresie jej działalności polegającej na skoncentrowaniu wykonywanej działalności na rzecz Gminy Tarnów [w tym także świadczenie usług na rzecz gmin, od których Gmina Miasta Tarnowa przejęła odpowiednie obowiązki w drodze porozumień] – Izba podzieliła pogląd strony zamawiającej, że dane finansowe z poprzednich trzech lat są danymi nieadekwatnymi do sytuacji obecnej. Tak jak wyjaśniała Spółka MPKG w poprzednich latach świadczyła usługi w zakresie odbioru odpadów na rzecz okolicznych gmin i podmiotów gospodarczych (łącznie w 17 gminach). Udział odpadów odbieranych od w/w gmin w stosunku do ogółu odpadów sięgał do 55 %, stanowił więc znaczącą część działalności Spółki. Dane finansowe z poprzednich lat odzwierciedlały tę okoliczność, a po zmianie zakresu działalności są to dane nieadekwatne

46

do obliczania procentu działalności, o którym mowa w art. 67 ust. 1 pkt.12 lit. b) w związku z ust.9 tego artykułu.

Izba zwraca uwagę, że reorganizacja Spółki jest kwestionowana m.in. w oparciu o brak komunikatu na stronie internetowej MPKG, że Spółka świadczy usługi w zakresie wywozu odpadów komunalnych wyłącznie na terenie miasta Tarnowa, w sytuacji, gdy takie zamówienie nie zostało dotychczas udzielone Spółce, a według zamierzeń miało to nastąpić od dnia 1.02.2017 r. Co do braku ujawnienia w krajowym rejestrze sądowym ostatniej zmiany spółki w dacie wniesienia odwołania stosowny wpis nastąpił w toku postępowania odwoławczego przed Izbą. Fakt braku aktualizacji Regulaminu Organizacyjnego na stronie internetowej z pewnością nie przesądza – zgodnie z uchwałą nr 57/X/2016 - o jego obowiązywaniu z dniem 1 stycznia 2017 r. Tym samym, Izba nie zgodziła się z twierdzeniami Odwołującego, że działania podjęte w Spółce są domniemane, czy rzekome. Zostały one faktycznie podjęte i zespół wskazanych działań stanowi „reorganizację” Spółki w rozumieniu art. 67 ust. 9 ustawy Pzp, podjętych w celu realizacji zadań własnych gminy w trybie in-house. Tym samym, Izba – w okolicznościach faktycznych sprawy - nie mogła zgodzić się, z *nota bene* nieudowodnionym przez wnoszącego odwołanie, twierdzeniem, że dane dotyczące średniego przychodu za 3 lata poprzedzające udzielenie zamówienia dotyczące MPKG są adekwatne i w związku z tym, nie ma potrzeby, aby procent działalności wykonywanej przez MPKG na potrzeby zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki ustalać za pomocą wiarygodnych prognoz handlowych w sytuacji, gdy ten sam wykonawca twierdzi, że przedstawione w Informacji dane – w jego ocenie - pokazują, że nie została spełniona przesłanka uprawniająca do zastosowania tego trybu wymagana art. 67 ust. 1 pkt 12 lit. b) ustawy Pzp.

Izba jednocześnie stwierdza, że nie dokonywała – wobec reguły art. 192 ust. 7 ustawy Pzp - oceny „Prognozy handlowej Miejskiego Przedsiębiorstwa Gospodarki Komunalnej sp. z o.o. na lata 2017-20120 dla celów wykazania spełnienia wymogu określonego w art. 67 ust.1

pkt 12 Ustawy Pzp w okresie zamierzonego powierzenia świadczenia usług na rzecz GMT". Ten dokument, [co do objętości i zawartości oraz wiarygodności zamieszczonych w nim danych, oraz braku ich zweryfikowania przez Zamawiającego], nie był w odwołaniu kwestionowany. Przedmiotem zarzutu było jego uwzględnianie, w miejsce – zgodnie z ust.8 art. 67 Pzp – pierwszego źródła dla ustalania wskaźnika przychodu - średniego przychodu za 3 lata poprzedzające udzielenie zamówienia dotyczące MPKG - drugiego [według ust.9 art. 67 Pzp], a mianowicie Prognozy handlowej. Izba w odniesieniu do tej Prognozy, zwraca tylko uwagę, że ten dokument wskazuje na prognozowane przychody w poszczególnych latach [2017-2020] w podziale: na zagospodarowanie odpadów - GMT, na zagospodarowanie odpadów - gminy GTM, transport odpadów – GMT, transport odpadów – pozostałe oraz

47

odrębna pozycja - utrzymanie ulic. Dalej odnosi się do działalności powierzonej i udziału działalności komercyjnej. Pod danymi liczbowymi w opisie podano podstawy określenia przychodów, wskazując m.in. na przychody z tytułu przyjęcia odpadów do przetworzenia oraz z tytułu sprzedaży surowców wtórnych, dane dotyczące przetworzenia z roku 2017 (GMT oraz z regionu tarnowskiego), dla lat następnych – według prognoz z Planu Gospodarki Odpadami dla Województwa Małopolskiego. Wskazano także na dane dotyczące transportu odpadów w 2017 r. oraz przychody z utrzymania ulic w oparciu o prognozy ujęte w ostatniej aktualizacji projekcji finansowej do Umowy Wykonawczej z 28 czerwca 2013 r. Powyższy opis pokazuje zatem, że wytworzenie danych na jednej stronie tego dokumentu wymagało odniesienia się do szeregu innych dokumentów finansowych, a także do Planu Gospodarki Odpadami. *Nota bene* strona odwołująca nie kwestionowała wiarygodności danych, skupiała się w odniesieniu do tego dokumentu na jego objętości, oraz na braku weryfikacji dokumentu Prognozy w kontekście daty [3.11.2016 r.], którą został opatrzony dokument. Twierdzenie, co do braku weryfikacji tej Prognozy strona odwołująca oparła nie na oznaczeniu dokumentu, ale na treści korespondencji uzyskanej od Spółki i Zamawiającego [pisma z 13.12.16] przez Przystępującego AVR. Izba zwraca uwagę, że w pierwszym piśmie o wstępnym charakterze Prognozy wypowiada się Spółka. Zamawiający z kolei przysyłając dokument traktuje ten dokument już, jako Prognozę [nie jako jej wstępny charakter]. Izba zwraca także uwagę, że wykonawca AVR – ze strony odwołującej – nie przedstawia zapytania, które skierował do Zamawiającego, a z kontekstu sprawy i wskazanej odpowiedzi można wnosić, że dotyczy to nie dokumentów służących opracowaniu spornej dla Prognozy, ale „dokumentacji zawierającej analizy dotyczące możliwości udzielenia zamówienia w trybie art. 67 ust.1 pkt 12-15 Ustawy prawo zamówień publicznych tj. zamówienia z wolnej ręki spółce komunalnej (...) w przedmiocie tego zamówienia. Co do daty 3 listopada 2016 r. umieszczonej na dokumencie i zarzucanej na rozprawie wadliwej kolejności zdarzeń w kontekście okoliczności składających się na reorganizację w Spółce, zdaniem Izby, z taką argumentacją w kontekście braku właściwego dokumentu Prognozy, co do zasady nie można się zgodzić tym bardziej, że jak wskazano w odpowiedzi na interpelację nr 6246 [stanowisko podsekretarza stanu w Ministerstwie Rozwoju] za taką Prognozę (wiarygodną) mogą być uznane (...) wszelkie dokumenty, wyceny, sprawozdania, bilanse, analizy finansowe zawarte porozumienia etc., zarówno sporządzone przez podmioty wyspecjalizowane, świadczące usługi w tym obszarze, ale również przez samych zainteresowanych, z których będą wynikać określone fakty”.

Odnośnie zarzutu obejścia przepisów ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, Izba zgodziła się z Zamawiającym, że objęcie zamówieniem in-house nie tylko nieruchomości zamieszkałych, ale także nieruchomości częściowo zamieszkałych a

48

częściowo niezamieszkałych nie stanowi obejścia ustawy o utrzymaniu porządku i czystości w gminach. Tak jak podnosiła strona zamawiająca ustawodawca, dodając nowelizacją z dnia 22 czerwca 2016 r. przepisy: art. 6c ust. 2a i art. 6d ust 1 - umożliwił gminom zastosowanie wszystkich trybów udzielania zamówień przewidzianych ustawą - Prawo zamówień publicznych. Przepis art. 6d ust. 1 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach [UCPG] udzielenie zamówienia publicznego na odbieranie odpadów od właścicieli nieruchomości, o których mowa w tym artykule nie ogranicza tylko do art. 6c ust.1 tej ustawy, dotyczącego terenów zamieszkałych, czy też jego ust.2 i 2a, dotyczących terenów

niezamieszkałych. Ponadto, jak wskazywał Zamawiający, art. 6d UCPG stanowi o udzieleniu zamówienia publicznego, a nie przetargu. Ustawa Pzp definiuje natomiast, że przez zamówienia publiczne należy rozumieć umowy odpłatne zawierane między zamawiającym a wykonawcą, których przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane, co odnosi się do wszystkich trybów przewidzianych w Pzp. Zamawiający – jak oświadczył także na rozprawie - usługi w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, znajdujących się na terenie Gminy Miasta Tarnowa, na których w ogóle nie zamieszkują mieszkańcy, a powstają odpady komunalne, zlecił w trybie przetargu nieograniczonego [W1M.271.64.2016]]. W istocie zgodnie z art. 6c ust. 2 i 2a UCPG ustawodawca uregulował wprost sytuację właścicieli nieruchomości zamieszkałych oraz nieruchomości niezamieszkałych określając, kiedy należy przeprowadzić przetarg a kiedy możliwe jest udzielenie zamówienia w trybie in-house. Izba zgodziła się z Zamawiającym, że istnienie nieruchomości „mieszanych”, (takich dotyczy zarzut) zauważone zostało przez ustawodawcę m.in. w art. 6j ust. 4-5 UCPG dotyczącym opłat za gospodarowanie odpadami komunalnymi. Ta regulacja może także wskazywać, że ustawodawca dostrzegł różnicę pomiędzy tymi nieruchomościami, jednakże nie uregulował wprost trybu, jakim należy objąć odbiór odpadów z nieruchomości mieszanych. Co, zdaniem Izby, nie oznacza, że odbiór odpadów komunalnych z nieruchomości mieszanych musi odbywać się wraz z odbiorem odpadów komunalnych z nieruchomości niezamieszkałych przez podmiot obowiązkowo wyłoniony w trybie przetargowym. Reasumując, Izba nie znalazła podstaw do kwestionowania twierdzeń strony zamawiającej, co do pozostawienia przez ustawodawcę do decyzji gminy objęcie nieruchomości mieszanych instytucją in-house wraz z nieruchomościami zamieszkałymi, jak i objęcie ich przetargiem wraz z nieruchomościami niezamieszkałymi.

W przedmiocie wniosków zgłoszonych przez Odwołującego przed zamknięciem rozprawy, a nieuwzględnionych przez Izbę w związku z art. 190 ust.6 ustawy Pzp, stwierdzić należy, co następuje.

49

W pierwszym wniosku, odnoszącym się do skierowania pytań prejudycjalnych do Trybunału Sprawiedliwości UE dotyczących wykładni przepisów prawa unijnego wykonawca sformułował cztery zapytania: (...)

1. Czy art. 12 ust. 1 Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE należy interpretować w ten sposób, że w przypadku wyłączenia wskazanych w treści tego artykułu zamówień spod zakresu zastosowania dyrektywy, nie jest konieczne przeprowadzenie przez zamawiającego uprzedniego, wnikliwego badania rynku i wykazywanie przez instytucję zamawiającą braku naruszenia zasad konkurencji wynikających z art. 49, art. 56, art. 102 i art. 106 TFUE?

2. Jak należy interpretować zapis „reorganizacja” zawarty w art. 12 ust. 5 Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE, w szczególności czy uzasadnionym jest interpretowanie tego pojęcia w ten sposób, że reorganizacją działalności, o której mowa w tym przepisie, mogą być działania wykonawcy dotyczące jedynie niewielkiego fragmentu prowadzonej działalności gospodarczej, które w normalnych warunkach mogłyby zostać uznane za przejaw zwykłych decyzji biznesowych (np. zakup nowych pojazdów na potrzeby prowadzonej działalności gospodarczej, zatrudnienie nowych pracowników)?

3. Czy zgodnie z art. 12 ust. 5 Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE reorganizacja działalności wykonawcy w każdym przypadku będzie skutkowała tym, że automatycznie dane dotyczące prowadzonej działalności z trzech ostatnich lat (dane historyczne) stają się nieodstępne lub nieadekwatne czy też w każdym przypadku niezbędna jest indywidualna ocena przeprowadzonej reorganizacji i jej wpływu na możliwość posługiwania się danymi historycznymi dotyczącymi prowadzonej działalności i dopiero w razie potwierdzenia tej nieadekwatności, uprawnionym jest posłużenie się wiarygodnymi prognozami handlowymi, o których mowa w art. 12 ust. 5 zdanie ostatnie Dyrektywy 2014/24/UE?

4. Jak należy interpretować zapis „wiarygodne prognozy handlowe” zawarty w art. 12 ust. 5 Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie

zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE?”.

W jego uzasadnieniu podał: „Przepisy prawa polskiego stanowiące podstawę formułowanych w treści odwołania zarzutów stanowią bezpośrednią implementację zapisów Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych. W celu zapewnienia stałości i jednolitości praktyki w zakresie objętym sporem w niniejszej sprawie, konieczne jest wskazanie przez Trybunał Sprawiedliwości Unii

50

Europejskiej sposobu wykładni przepisów Dyrektywy, której zapisy zostały dokładnie odzwierciedlone w przepisach ustawy Prawo zamówień publicznych”.

Zdaniem Izby, okoliczności faktyczne tej sprawy nie dawały podstaw do skorzystania z tak nadzwyczajnej instytucji, jaką jest w konsekwencji wydanie orzeczenia przez TSUE. Zgodnie z kompetencjami, Trybunał Sprawiedliwości (art.267 Traktatu) interpretując prawo unijne może jednocześnie stwierdzić nieważność aktów unijnego prawa pochodnego [takim aktem niewątpliwie jest ustawa Pzp]. Zdaniem Izby, wskazany art. 12 Dyrektywy jest konkretny, podobnie, jak w stanie faktycznym sprawy, art. 67 ust.1 pkt 12 ustawy Pzp i jej ust.9. Z tego też względu Izba nie znalazła uzasadnienia w przedmiocie kierowania zapytania w czterech wskazanych kwestiach. Pierwsze z zapytań *de facto* zmierza do ustalenia zgodności Dyrektywy w zakresie jej art. 12 z zasadami konkurencji wynikającymi z art. 49, art. 56, art. 102 i art. 106 TFUE, do czego Krajowa Izba Odwoławcza nie jest właściwa. Drugie z kolei, oparto na założeniu, że reorganizacja działalności w spółce MP GK dotyczy jedynie niewielkiego fragmentu prowadzonej działalności gospodarczej, której to okoliczności nie potwierdzają ustalenia Izby. Trzecie ma charakter ogólny, albowiem ta odpowiedź ma wyjaśnić, to co wynika z przepisu, że reorganizacja działalności wykonawcy nie w każdym przypadku będzie skutkowała tym, że automatycznie dane dotyczące prowadzonej działalności z trzech ostatnich lat (dane historyczne) stają się nieodstępne lub nieadekwatne. Dodatkowo, Izba nawiązując do stanowiska Odwołującego, zwraca uwagę, że nieadekwatność danych ma miejsce nawet wówczas, gdy są one niedokładnie odpowiadające możliwemu do osiągnięcia, skutkiem reorganizacji, przychodowi. Z kolei czwarte zapytanie odnosi się do kwestii „wiarygodnej prognozy handlowej, która co do jej meritum nie była objęta odwołaniem z dnia 13 stycznia br.

W drugim z kolei wniosku, wykonawca wnosił o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego i wskazał: „Na podstawie art. 190 ust. 3 i 4 PZP wnoszę o dopuszczenie i przeprowadzenie przez Wysoką Izbę dowodu z opinii biegłego z zakresu ekonomii na okoliczność tego, że prognoza handlowa MP GK z 3 listopada 2016 r. nie może być uznana za wiarygodną, ponieważ: a) nie obrazuje ona skutków przeprowadzonych działań reorganizacyjnych opisanych przez Zamawiającego w ogłoszeniu o zamiarze zawarcia umowy z 3 stycznia 2017 r., b) nie uwzględnia okoliczności związanych z przeważającą sferą prowadzonej przez MP GK działalności gospodarczej tj. zagospodarowania odpadów i wpływu tej sfery na procentową wartość zamówień udzielanych przez podmioty inne niż Zamawiający w najbliższych latach, w szczególności obowiązku odbierania odpadów od gmin z regionu tarnowskiego a w dalszej perspektywie - z całego województwa małopolskiego (lub przedsiębiorców prywatnych odpowiedzialnych w tych gminach za odbieranie i zagospodarowanie odpadów), planowanych zmian w

51

Wojewódzkim Planie Gospodarki Odpadami a także poziomu cen występujących w instalacjach konkurencyjnych do RIPOK MP GK.” W jego uzasadnieniu podał, że: „W celu skorzystania z możliwości posłużenia się przy wykazywaniu przesłanki dotyczącej procentowej wartości prowadzonej działalności (ponad 90%) przez podmiot, któremu udziela się zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 12 PZP można wyjątkowo (zamiast danych historycznych z trzech ostatnich lat) skorzystać z „wiarygodnych prognoz handlowych”. Wyjątek taki przewiduje wprost art. 67 ust. 9 PZP. W związku z powyższym, w niniejszej sprawie, w związku z licznymi wątpliwościami formułowanymi przez Odwołującego w stosunku do prognozy handlowej przedłożonej przez Przystępującego MP GK zaszła konieczność oceny przedłożonej prognozy w zakresie tego, czy może ona zostać uznana za „wiarygodną”. Udzielenie odpowiedzi na wskazane powyżej pytania przez osobę posiadającą

wiadomości specjalne (tj. biegłego) pozwoli na dokonanie przez Skład Orzekający Krajowej Izby Odwoławczej w niniejszej sprawie oceny wiarygodności przedłożonej prognozy handlowej”.

Odnosnie tego wniosku Izba podtrzymała argumentację, że zagadnienie dotyczące Prognozy handlowej w zakresie żądanym we wniosku nie było rozstrzygane przez Izbę, albowiem jak Izba wskazała kwestia „Wiarygodnej prognozy handlowej”, co do jej meritum nie była objęta odwołaniem z dnia 13 stycznia br. Natomiast zasadność jej zastosowania Izba rozstrzygała w niniejszej sprawie na podstawie zgromadzonych w sprawie dowodów.

Reasumując Izba wskazuje na powołany art. 190 ust. 6 ustawy Pzp, zgodnie z którym: „6. Izba odmawia przeprowadzenia wnioskowanych dowodów, jeżeli fakty będące ich przedmiotem zostały już stwierdzone innymi dowodami lub gdy zostały powołane jedynie dla zwłoki”.

Mając powyższe na względzie orzeczono, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41 poz. 238 ze zm.).

.....
.....
.....