

WYROK
z dnia 27 grudnia 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jan Kuzawiński
Emil Kuriata
Luiza Łamejko

Protokolant: Marcin Jakóbczyk

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 grudnia 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 grudnia 2017 r. przez wykonawcę **FBSerwis Karpatia Sp. z o.o., ul. Odległa 8, 33-100 Tarnów** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Gmina Miasta Tarnowa - Urząd Miasta Tarnowa ul. Mickiewicza 2, 33-100 Tarnów,**

przy udziale:

wykonawcy **AVR Sp. z o.o., ul. Józefa Dietla 93/4, 31-031 Kraków** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego,
wykonawcy **Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o., ul. Okrężna 11, 33-100 Tarnów** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

- 1. uwzględnia odwołanie** i nakazuje Zamawiającemu - **Gmina Miasta Tarnowa - Urząd Miasta Tarnowa ul. Mickiewicza 2, 33-100 Tarnów** unieważnienie postępowania o zamówienie publiczne prowadzonego w trybie zamówienia z wolnej ręki w oparciu o przesłankę z art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp,
- 2. kosztami postępowania obciąża Zamawiającego - Gmina Miasta Tarnowa - Urząd**

1

Miasta Tarnowa ul. Mickiewicza 2, 33-100 Tarnów, i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego - **FBSerwis Karpatia Sp. z o.o., ul. Odległa 8, 33-100 Tarnów**, tytułem wpisu od odwołania,

2.2 zasądza od Zamawiającego **Gmina Miasta Tarnowa - Urząd Miasta Tarnowa ul. Mickiewicza 2, 33-100 Tarnów**, na rzecz Odwołującego - **FBSerwis Karpatia Sp. z o.o., ul. Odległa 8, 33-100 Tarnów** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz wynagrodzenie pełnomocnika.

2

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2017 r. poz. 1579) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Tarnowie**.

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

3

Uzasadnienie

Zamawiający Gmina Miasta Tarnowa, ul. Mickiewicza 2, 33-100 Tarnów prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie zamówienia z wolnej ręki

pn.

„Świadczenie usług w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy, znajdujących się na terenie Gminy Ryglice”.

Postępowanie prowadzone jest w trybie zamówienia z wolnej ręki o wartości powyżej kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Informacja o zamiarze zawarcia umowy została zamieszczona na stronie Biuletynu Informacji Publicznej Zamawiającego w dniu 22 listopada 2016 r. – a więc do postępowania mają zastosowanie przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych zmienionej z dniem 28.07.2016 r. na mocy przepisów ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2016 r., poz. 1020).

Wykonawca FBSerwis Karpatia spółka z o.o., ul. Odległa 8, 33-100 Tarnów wniósł odwołanie wobec zamiaru zawarcia umowy o udzielenie zamówienia publicznego w trybie z wolnej ręki.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2017 r. poz. 1579), zwanej dalej „ustawą Pzp”:

1. art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp i art. 12 ust. 1 Dyrektywy 2014/24/UE w związku z art. 67 ust. 1 pkt 15 ustawy Pzp i art. 12 ust. 4 Dyrektywy 2014/24/UE oraz art. 58 § 1 Kodeksu cywilnego, poprzez przyjęcie, iż zawarcie porozumienia z 13.11.2017 r. pomiędzy Gminą Tarnów a Gminą Ryglice wyłącznie na podstawie art. 74 ustawy o samorządzie gminnym, uprawnia Gminę Tarnów do wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie z wolnej ręki na odbiór odpadów od właścicieli nieruchomości znajdujących się na terenie Gminy Ryglice, podczas gdy wskazane porozumienie nie spełnia dodatkowych przesłanek określonych w art. 67 ust. 1 pkt 15 ustawy Pzp oraz art. 12 ust. 4 Dyrektywy 2014/24/UE i skutkuje tym, że Postępowanie prowadzone na jego podstawie obarczone jest wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

W przypadku przyjęcia przez Izbę, że Zamawiający jest uprawniony do wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest odbiór

4

i zagospodarowanie odpadów z terenu innej gminy – Gminy Ryglice na podstawie zawartego Porozumienia, Odwołujący zarzucił naruszenie:

2. art. 67 ust. 1 pkt 12 w z art. 14 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 83 Kodeksu cywilnego

- poprzez przyjęcie, że w zaistniałym stanie faktycznym Zamawiający jest uprawniony do udzielenia zamówienia publicznego w trybie z wolnej ręki, podczas gdy w rzeczywistości czynność Zamawiającego została dokonana jedynie dla ukrycia innej czynności prawnej tj. wszczęcia postępowania przez innego zamawiającego –

Gminy

Ryglice i to ten podmiot powinien wykazać, że pozostaje uprawniony do udzielenia zamówienia publicznego w trybie z wolnej ręki, wykazując spełnienie wszystkich niezbędnych ku temu przesłanek z art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, co w zaistniałym stanie faktycznym nie zaistniało w szczególności dlatego, że Gmina Ryglice nie posiada jakiegokolwiek kontroli nad podmiotem, któremu udziela zamówienia,

W przypadku przyjęcia przez Izbę, że dla zgodnego z przepisami ustawy Pzp wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest odbiór i zagospodarowanie odpadów od właścicieli nieruchomości znajdujących się na terenie gminy Gmina Ryglice w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp wystarczające jest, aby kontrolę nad podmiotem, któremu udzielone zostaje zamówienie,

sprawował jedynie Zamawiający, Odwołujący zarzuca naruszenie:

3. art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp i innych wskazanych w treści uzasadnienia niniejszego odwołania, w tym w szczególności art. 7 ust. 1 ustawy Pzp - poprzez przyjęcie, że w zaistniałym stanie faktycznym zachodzą przesłanki do udzielenia zamówienia z wolnej ręki z art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, podczas gdy Zamawiający nie wykazał, że udzielane w tym trybie zamówienie nie narusza zasad konkurencji wynikających z art. 49, art. 56, art. 102 i art. 106 TFUE (na konieczność czego wskazuje prounijna interpretacja przepisów ustawy Pzp), co w konsekwencji będzie prowadziło do nieuzasadnionego preferowania tylko jednego z wykonawców zainteresowanych zamówieniem publicznym z pominięciem innych wykonawców działających na rynku właściwym, co stanowi naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

W przypadku przyjęcia przez Izbę, że dla zgodnego z przepisami ustawy Pzp wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp nie jest konieczne wykazywanie przez Zamawiającego, że udzielane w tym trybie zamówienie nie narusza zasad konkurencji, a ponadto że wszczęcie

5

postępowania nie zostało dokonane z naruszeniem zasad zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, Odwołujący zarzuca naruszenie:

4. art. 67 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 67 ust. 8 i ust. 9 ustawy Pzp - poprzez przyjęcie, że w zaistniałym stanie faktycznym 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 ustawy Pzp.

W przypadku przyjęcia przez Izbę, że Zamawiający prawidłowo uznał wskazane w ogłoszeniu o zamiarze udzielenia zamówienia okoliczności dotyczące Miejskiego Przedsiębiorstwa Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowie („MPGK”) tj. wykonawcy, któremu udziela się zamówienia, za reorganizację, o której mowa w art. 67 ust. 9 ustawy Pzp, wówczas Odwołujący zarzuca naruszenie:

5. art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp w zw. z art. 67 ust. 8 i 9 ustawy Pzp - poprzez przyjęcie, że dane dotyczące średniego przychodu za 3 lata poprzedzające udzielenie zamówienia dotyczące 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 dane dotyczące dotychczasowej działalności MPGK 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) ustawy Pzp.

W przypadku przyjęcia przez Izbę, 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, Odwołujący zarzuca naruszenie:

6. art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp w zw. z art. 67 ust. 8 i 9 ustawy Pzp - poprzez przyjęcie, że prognoza handlowa MPGK na lata 2018-2020 jest wiarygodna, podczas gdy Zamawiający nie uzasadnił w żaden sposób wiarygodności prognozy, a jedynie ograniczył się do powtórzenia lakonicznego uzasadnienia przygotowanego na gruncie

6

odmiennego stanu faktycznego oraz innej prognozy handlowej, co prowadzi do wniosku, że prognoza handlowa MPGK na lata 2018- 2020 jest niewiarygodna, a więc nie może służyć do ustalenia procentu działalności, o którym mowa w art. 67 ust. 1 pkt 12 lit. b) ustawy Pzp.

- 7. art. 67 ust. 1 pkt 12 w związku z art. 7 ust. 1 ustawy 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 (dalej ustawa OKiK) oraz art. 6 ust. 1 ustawy OKiK** poprzez wszczęcie Postępowania w trybie niekonkurencyjnym i zachowaniem Zamawiającego sprzecznym z zasadami konkurencji stanowiącym nadużycie pozycji dominującej na rynku właściwym poprzez przeciwdziałanie ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji.

W oparciu o powyższe zarzuty Odwołujący wniósł o:

- 1) uwzględnienie odwołania w całości,
- 2) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, ponieważ jest ono obarczone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, polegającą na wszczęciu postępowania w trybie niekonkurencyjnym, pomimo niespełnienia przesłanek ustawowych zezwalających na zastosowanie takiego trybu a wada ta nie może zostać usunięta w inny sposób,
- 3) zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów doradztwa prawnego, według norm przepisanych i zgodnie z fakturą przedstawioną przez Odwołującego na rozprawie,
- 4) skierowanie na podstawie art. 267 TFUE do Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej przez skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej następujących pytań prejudycjalnych dotyczących wykładni przepisów prawa unijnego:
 1. Czy art. 12 ust. 1 do ust. 4 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 braku naruszenia zasad konkurencji wynikających z art. 49, art. 56, art. 102 i art. 106 TFUE?
 2. Czy art. 12 ust. 1 do ust. 4 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 wyznaczają one ogólne zasady

współpracy publiczno-publicznej, niezależnie od tego, czy współpraca ta nawiązywana jest na podstawie umowy prawa cywilnego czy też w formie umowy o charakterze administracyjnym (publiczno-prawnym)?

3. Czy art. 12 ust. 1 do ust. 4 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 zezwala on na zawarcie umowy pomiędzy dwoma zamawiającymi, w wyniku której jeden z tych zamawiających powierza drugiemu za wynagrodzeniem zorganizowanie realizacji usługi użyteczności publicznej, sprowadzające się w istocie wyłącznie do przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a drugi zamawiający powierza z kolei realizację tych usług własnej spółce na zasadach właściwych dla art. 12 ust. 1 tej dyrektywy?
4. 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)?

5. 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?
6. 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?

Uzasadnienie odwołania

Odwolujący informuje, że w treści Informacji o zamiarze zawarcia umowy, umieszczonej w BIP Zamawiającego w dniu 22.11.2017 r. wskazano, że pomiędzy

8

Zamawiającym a Gminą Ryglice (określaną w Odwołaniu jako „Zamawiający ad 2”) zostało zawarte w dniu 13 listopada 2017 r. porozumienie międzygminne o odbiorze i zagospodarowaniu odpadów z terenu Gminy Ryglice (dalej jako „Porozumienie”). Na podstawie ww. Porozumienia, Zamawiający ad 2 przekazał Zamawiającemu wykonywanie zadania własnego Zamawiającego ad 2 (Gmina Ryglice), określonego w art. 6c ust. 1 ustawy o utrzymaniu porządku i czystości w gminach (dalej jako „UCPG”). Zamawiający zobowiązał się do zorganizowania odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych poczynawszy od 1 stycznia 2018 roku, w tym do dokonania zamówienia publicznego na realizację tego zadania, zgodnie z przepisami ustawy Pzp.

Jako podstawę skorzystania z trybu zamówienia z wolnej ręki, Zamawiający wskazał art. 67 ust. 1 pkt 12 i ust. 9 ustawy Pzp. Podmiotem, któremu zamierza udzielić zamówienia jest Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowie (dalej jako „MPGK” lub „Spółka”).

Odwolujący wskazuje, że Zamawiający wykazał jednak wyłącznie sprawowanie kontroli nad MPGK przez Zamawiającego, a nie przez Zamawiającego ad 2, zaś w odniesieniu do przesłanki określonej w art. 67 ust. 1 pkt 12 lit. b ustawy Pzp, Zamawiający wskazał, że jej wykazanie powinno nastąpić przy uwzględnieniu art. 67 ust. 9 ustawy 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.

Odwolujący podnosi, że wyjaśnienia Zamawiającego zawarte ww. Informacji są niemalże identyczne w stosunku do wyjaśnień zawartych w ogłoszeniu o zamiarze zawarcia umowy z 3.01.2017 r. dotyczącym postępowania pn. *„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. Odwołujący zaznacza, że przedmiotem wskazanego postępowania był odbiór odpadów z gminy Zamawiającego, a nie gminy Zamawiającego ad 2. W szczególności, Zamawiający odnosi się do reorganizacji MPGK dokonanej w 2016 roku. Jednocześnie, Zamawiający wskazuje na prognozę handlową MPGK na lata 2018-2020, z której dane nie zostały przywołane w Ogłoszeniu i która do chwili wniesienia niniejszego odwołania, nie została udostępniona Odwołującemu.

Kwestia dopuszczalności powierzenia MPGK przez Zamawiającego realizacji zamówienia, dla którego prowadzone było ww. postępowanie, była przedmiotem rozstrzygnięcia Krajowej Izby Odwoławczej. Wyrokiem z 7 lutego 2017 roku, w sprawie

9

spółka z o.o.

W zakresie zarzutu 1 – naruszenia art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp i art. 12 ust. 1 Dyrektywy 2014/24/UE w związku z art. 67 ust. 1 pkt 15 ustawy Pzp i art. 12 ust. 4 Dyrektywy 2014/24/UE oraz art. 58 § 1 Kodeksu cywilnego, Odwołujący prezentuje nw. argumentację:

W pierwszej kolejności Odwołujący wskazuje, że Gmina Tarnów (tj. Zamawiający) zamierza udzielić zamówienia publicznego na odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych z terenu innej gminy, tj. Gminy Ryglice (tj. Zamawiający ad 2). Podnosi, iż aby było to możliwe, tj. aby Zamawiający mógł udzielić zamówienia na świadczenie usług w innej gminie, Zamawiający powinien uzyskać kompetencje do takiego działania, w przeciwnym razie mielibyśmy do czynienia z zamiarem udzielenia zamówienia nieistniejącego. Ponadto w opinii Odwołującego, stanowiłoby to naruszenie art. 3 ust. 1 UCPG, który wskazuje, że utrzymanie czystości i porządku w gminach należy do obowiązkowych zadań własnych gminy. Odwołujący domniemuje, że kompetencje takie Zamawiający miał uzyskać poprzez zawarcie Porozumienia. Odwołujący wskazuje, że na podstawie § 1 Porozumienia, Gmina Ryglice przekazuje Gminie Tarnów wykonywanie zadania własnego Gminy Ryglice określonego w art. 6c ust. 1 UCPG w zakresie odbierania i zagospodarowania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy, a Gmina Miasta Tarnowa przejmuje prowadzenie tego zadania. W związku z tym Odwołujący wskazuje, że zawarcie takiego Porozumienia na podstawie art. 74 ustawy o samorządzie gminnym (dalej jako „usg”), powinno czynić zadość odpowiednim przepisom Dyrektywy 2014/24/UE, szczególnie, jeśli na jego podstawie ma dochodzić do udzielania zamówień in-house. Odwołujący podnosi, że podstawą do zawierania tego typu porozumień, które nie podlegają przepisom dotyczącym zamówień publicznych, są regulacje prawa unijnego - w tym przypadku jest to art. 12 ust. 4 Dyrektywy 2014/24/UE. Odwołujący zaznacza, że nie ma przy tym znaczenia, że w warunkach jednostek samorządu terytorialnego przepis ten został „implementowany” do prawa polskiego na dwa sposoby, tj. w art. 67 ust. 1 pkt 15 ustawy Pzp oraz w art. 74 ustawy o samorządzie gminnym. Podnosi, że zgodnie z art. 12 ust. 4 Dyrektywy 2014/24/UE umowa zawarta wyłącznie pomiędzy dwiema lub więcej instytucjami zamawiającymi (tu: jednostki samorządu terytorialnego) wykracza poza zakres stosowania dyrektywy, jeżeli spełnione są wszystkie warunki określone w tym przepisie.

Odwołujący wskazuje, że przepisy te ustanawiają ogólne ramy prawne i warunki dla nawiązywania tzw. horyzontalnej współpracy zamawiających (w tym jednostek samorządu terytorialnego), która może być wyłączona spod regulacji dotyczącej zamówień publicznych. Podnosi, że bez znaczenia pozostaje, czy podstawę do takiej współpracy w prawie krajowym

10

określają przepisy dotyczące zamówień publicznych, czy np. przepisy ustaw samorządowych. W obu przypadkach, przepisy te powinny czynić zadość regulacji zawartej w art. 12 ust. 4 Dyrektywy 2014/24/UE. Odwołujący wywodzi, że wskazuje na to motyw 31 preambuły Dyrektywy 2014/24/UE. Odwołujący z motywu tego wywodzi, że korzystając ze swobody w zakresie wykonywania powierzonych im zadań dotyczących usług publicznych, organy publiczne (tu: jednostki samorządu terytorialnego) zobowiązane są poruszać się w ramach warunków określonych w art. 12 Dyrektywy 2014/24/UE, które to warunki wynikają z orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej. Wskazuje, że jeśli chodzi o interpretację zapisów art. 12 ust. 4 Dyrektywy 2014/24/UE, a zatem przepisu, który ma stanowić podstawę do zawarcia Porozumienia, które ma jakoby uprawniać Gminę Tarnów do powierzenia zadań Gminy Ryglice na rzecz MPGK to należy podkreślić co następuje. Odwołujący podnosi, że jako wyłączenie stosowania Dyrektywy 2014/24/UE przepis ten powinien być interpretowany wąsko. Ponadto, został on wprowadzony do Dyrektywy 2014/24/UE w związku z orzeczeniem Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej wydanym w sprawie C-480/06 i to przez pryzmat tego orzeczenia należy rozpatrywać poszczególnego jego elementy. W orzeczeniu tym Trybunał uznał, że pewne porozumienia międzygminne mogą wykraczać poza regulacje dotyczące zamówień publicznych. Istotne jest jednak wskazanie rozumienia zapisów art. 12 ust. 4 Dyrektywy 2014/24/UE, które wynika z tego wyroku. Odwołujący podnosi, że zgodnie z ww. wyrokiem ustanowienie lub wdrożenie współpracy między uczestniczącymi instytucjami zamawiającymi w celu zapewnienia wykonania usług publicznych, które muszą one wykonać, z myślą o realizacji celów, które im

wspólnie przyświecają, ponadto ustanowienie lub wdrożenie współpracy, o której mowa w ww. przepisie, powinno polegać na wzajemnych obowiązkach wynikających z zapewnienia świadczenia danej usługi. Z powyższego Odwołujący wywodzi, że obie gminy (tu: Gmina Tarnów i Gmina Ryglice) powinny zobowiązać się do świadczenia usług dotyczących gospodarki odpadami w taki sposób, że każda z nich odpowiada za jakiś, określony w porozumieniu, element. Wskazuje na to Trybunał, który za istotny uznaje fakt, że rozpatrywana w sprawie C-480/06 umowa przewiduje określone zobowiązania po stronie umawiających się jednostek samorządu terytorialnego w bezpośrednim związku z przedmiotem usług publicznych. Odwołujący podnosi, że owa „współpraca” nie może polegać wyłącznie na zleceniu wykonania określonego zadania przez jedną gminę na rzecz drugiej w zamian za wynagrodzenie (jak ma to miejsce w przypadku Porozumienia), ale na rzeczywistym współuczestnictwie w realizacji wspólnego zadania poprzez wspólne wykorzystywanie własnych zasobów. W opinii Odwołującego taki warunek jest w pełni zrozumiały i uzasadniony. Chodzi w nim o to, aby zamawiający (w tym jednostki samorządu terytorialnego) nie dokonywali zamknięcia rynku i ograniczenia konkurencji poprzez nawiązywanie rzekomej „współpracy” polegającej w rzeczywistości na zlecaniu jednemu z nich

szeregu różnych zadań przypisanych innym zamawiającym. W jego opinii prowadziłoby to - jak pokazuje niniejsza sprawa - do niczym nieograniczonego zamykania kolejnych rynków lokalnych i nadużywaniu pozycji dominującej przez uczestniczące w takim porozumieniu gminy.

Odwołujący podnosi, że nawiązaniu współpracy powinien kierować wyłącznie interes publiczny, w tym znaczeniu, że dzięki niej możliwe jest uzyskanie lepszych efektów, w tym np. w dziedzinie ochrony środowiska. Z tego wywodzi, że wszelkie decyzje np. co do infrastruktury i zaplecza niezbędnego do świadczenia danych usług powinny być podejmowane dopiero po nawiązaniu współpracy.

Odwołujący wskazuje, że w niniejszym stanie faktycznym, decyzja o Porozumieniu podejmowana jest następczo, tj. po dokonaniu wszelkich inwestycji w Gminie Tarnów i ma na celu wyłącznie zaspokojenie interesu ekonomicznego tej gminy poprzez uzyskanie dostępu do nowych rynków (tak zagospodarowania jak i odbierania odpadów). W opinii Odwołującego wynika to również jednoznacznie z treści Ogłoszenia, w którym Zamawiający wskazuje, że powierzenie MP GK świadczenia usług odbioru odpadów komunalnych przez Zamawiającego jest też konsekwencją posiadania przez MP GK wolnych mocy przerobowych w zakresie odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych. Zwiększenie zakresu świadczenia tych usług spowoduje lepsze wykorzystanie jej potencjału i wpłynie na obniżenie kosztów jednostkowych, co umożliwi świadczenie usług powierzonych na jeszcze lepszych warunkach finansowych, z korzyścią dla mieszkańców obsługiwanych gmin.

Odwołujący wskazuje, że poza wyżej wskazanymi uwarunkowaniami, prawodawca unijny przewiduje dodatkowo, że uczestniczący we współpracy zamawiający mogą wykonywać na wolnym rynku działalność objętą tą współpracą do wysokości mniejszej niż 20%, co ogranicza swobodę zamawiających. Odwołujący wywodzi, iż celem wprowadzenia tego warunku było, aby po ustanowieniu współpracy nie okazało się, że zamawiający uczestniczą swobodnie w prowadzeniu działalności na innych rynkach niż te, które objęte są współpracą. Inaczej mówiąc, wszelka działalność uczestników współpracy musi być ograniczona do ich obszarów właściwych. W ocenie Odwołującego, również ten warunek nie zostanie spełniony w niniejszej sprawie, ponieważ np. w zakresie zagospodarowania odpadów Zamawiający, a w zasadzie spółka MP GK w dalszym ciągu aktywnie uczestniczy w świadczeniu tych usług na rzecz innych podmiotów. Podnosi, że ograniczenie do 20% należy rozpatrywać w kontekście dwóch pozostałych warunków - ewentualna współpraca zamawiających - jak zostało to wskazane wyżej - powinna być nawiązywana przed podjęciem decyzji co do prowadzenia wspólnej inwestycji, a nie po jej zakończeniu przez jednego z nich. W ocenie Odwołującego w tym drugim przypadku - tak jak ma to miejsce w niniejszej sprawie - nie chodzi o realizację interesu publicznego, ale o pozyskanie nowych źródeł dochodu dla MP GK.

W zakresie zarzutu 2 – naruszenia art. 67 ust. 1 pkt 12 w z art. 14 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 83 Kodeksu cywilnego.

Odwołujący wskazuje, że zgodnie z art. 14 ustawy Pzp, do czynności podejmowanych przez Zamawiającego znajdują zastosowanie, nie ujęte w przepisach

ustawy Pzp, przepisy

Kodeksu cywilnego, w szczególności dotyczące wad oświadczenia woli. Podnosi, że zgodnie z treścią art. 83 ustawy Kodeks cywilny, nieważne jest oświadczenie woli złożone drugiej stronie za jej zgodą dla pozorów. Jeżeli oświadczenie takie zostało złożone dla ukrycia innej czynności prawnej, ważność oświadczenia ocenia się według właściwości tej czynności (art. 83 § 1 Kodeksu cywilnego). W ocenie Odwołującego, w zaistniałym w sprawie stanie faktycznym wszczęcie postępowania w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp przez Zamawiającego należy uznać za czynność pozorną kwalifikowaną, dokonaną jedynie dla ukrycia innej czynności prawnej tj. udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki przez Zamawiającego ad 2 (Gmina Ryglice) na rzecz MPGK. Rzeczywista czynność tj. udzielenie zamówienia przez Zamawiającego ad 2 (Gmina Ryglice) na rzecz MPGK w opinii Odwołującego jest niezgodna z art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, ponieważ nie zostały w jej przypadku spełnione wszystkie przesłanki z przywołanego przepisu. Wskazuje, że wspólnym mianownikiem wszystkich trzech przesłanek z art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp pozostaje kontrola zamawiającego nad wykonawcą, któremu udziela się zamówienia. Zdaniem Odwołującego Zamawiający ad 2 (Gmina Ryglice) nie posiada jakiegokolwiek kontroli nad MPGK, a zatem nie jest możliwe spełnienie w takim przypadku którejkolwiek z przesłanek wskazanych w lit. a) do c) art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp.

Odwołujący wskazuje, że MPGK, z którym Zamawiający zamierza zawrzeć umowę o udzielenie zamówienia publicznego, nie działa w dobrej wierze, a zatem nie jest objęty dyspozycją art. 87 § 2 Kodeksu cywilnego. MPGK bowiem doskonale wie (lub przy zachowaniu należytej staranności powinien wiedzieć), że pomiędzy nim a rzeczywistym zamawiającym (tj. Zamawiającym ad 2 – Gmina Ryglice) nie zachodzą przesłanki z art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp a wszczęcie postępowania przez Zamawiającego stanowi w związku z powyższym jedynie czynność pozorną mającą z jednej strony „przysłonić” rzeczywisty cel udzielanego zamówienia (świadczenie którego beneficjentem będzie Zamawiający ad 2 (Gmina Ryglice) i wykazać spełnienie przesłanek z art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp.

Z powyższego Odwołujący wywodzi, że prawidłowość wszczęcia postępowania będące przedmiotem zaskarżenia odwołania Izba powinna zatem ocenić przyjmując, że zamawiającym udzielającym zamówienia pozostaje Zamawiający ad 2 (Gmina Ryglice), a nie Zamawiający. Odwołujący wywodzi, że w związku z tym, że rzeczywistym podmiotem udzielającym zamówienia pozostaje Zamawiający ad 2 (Gmina Ryglice), to oprócz niewykazania spełnienia przesłanek z art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, nie zostały w niniejszym

postępowaniu spełnione wszystkie wymagania dotyczące informacji o zamiarze zawarcia umowy z art. 67 ust. 1 pkt 11 ustawy Pzp np. nieprawidłowo wskazano nazwę i adres zamawiającego.

Zarzut 3 – naruszenie art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp i innych wskazanych w treści uzasadnienia niniejszego odwołania, w tym w szczególności art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący podnosi, że 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. Odwołujący podnosi, że 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 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. Wskazuje, że 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, w tym przepisami o ochronie konkurencji. Aby było inaczej, wyłączenie takie powinno zostać przewidziane w samym TFUE, jak jest np. w przypadku, o którym mowa zarówno w Dyrektywie 2014/24/UE jak i ustawie Pzp a dotyczącym art. 346 TFUE. Podnosi, że co do zasady jednak taki przedsiębiorca jak Zamawiający podlega regułom konkurencji, a przepisów szczególnych wyłączających gminy spod działania przepisów o ochronie konkurencji nie ma.

Z powyższego Odwołujący wywodzi, że decyzja Zamawiającego o zastosowaniu trybu niekonkurencyjnego, czyli o udzieleniu zamówienia z wolnej ręki zgodnie z art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, powinna zostać poprzedzona, w poszanowaniu przepisów o ochronie

14

konkurencji, właściwą analizą rynku uprawniającą do stwierdzenia, iż realizacja konkretnych zadań własnych Zamawiającego nie jest w inny sposób (przy zachowaniu konkurencji) możliwa. Jednym z elementów takiej analizy powinny być konsultacje rynkowe. W opinii Odwołującego dopiero na bazie takiej analizy, z której wynikałoby, że udzielenie zamówienia własnej spółce komunalnej jest jedynym lub najlepszym rozwiązaniem zapewniającym zamawiającemu realizację jego celów, możliwe jest dalsze procedowanie. W praktyce oznacza to konieczność każdorazowego sprawdzania, czy w danych okolicznościach faktycznych zamówienie, którego zamawiający planuje udzielić na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 12

ustawy

Pzp nie narusza TFUE.

Odwołujący wskazuje, że 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, zawarty w art. 67 ust. 11 ustawy Pzp. W opinii Odwołującego wymóg publikacji ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy ma na celu weryfikację sytuacji na rynku w zakresie planowanego zamówienia. Zamawiający informuje o swym zamiarze skorzystania z art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp i dopiero po 14 dniach od zamieszczenia takiej informacji jest uprawniony do zawarcia umowy ze wskazanym w ogłoszeniu podmiotem, co wynika z art. 67 ust. 12 ustawy Pzp. Odwołujący podnosi, że w przypadku, gdy okaże się, że zainteresowanie przedmiotowym zamówieniem wyrażą inne podmioty, udzielenie takiego zamówienia w trybie z wolnej ręki nie będzie możliwe, nie zostaną bowiem w tym przypadku spełnione wymogi zachowania zgodności z TFUE. Wskazuje, że konieczne będzie wówczas skorzystanie z innych trybów przewidzianych w ustawie Pzp, przede wszystkim zaś z trybów podstawowych przewidzianych w art. 10 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący wskazuje, że zgodnie z Informacją, uzasadnieniem dla powierzenia realizacji zadania MPGK ma być przede wszystkim wzrost cen świadczenia usług odbierania i zagospodarowania odpadów komunalnych w sąsiednich gminach, w związku z wycofaniem się MPGK ze świadczenia tych usług w roku 2017 r. Wskazuje, że uzasadnienie jest lakoniczne, zaś dane przytaczane przez Zamawiającego w ogłoszeniu, zarówno w odniesieniu do poziomu cen, jak i jakości usług świadczonych przez podmioty prywatne, są nierzetelne i nieprawdziwe.

Odwołujący podnosi, że przejęcie przez Zamawiającego wykonywania zadań własnych Gminy Ryglice w zakresie odbierania i zagospodarowania odpadów komunalnych z jej terenu jest jego własną, autonomiczną decyzją, podjętą wyłącznie z przyczyn biznesowych, o czym świadczyć ma m.in. treść ogłoszenia. W jego opinii Zamawiający dąży zatem do poprawienia pozycji rynkowej przez swoją własną spółkę komunalną (MPGK) powołaną w celu świadczenia usług użyteczności publicznej na rzecz mieszkańców Gminy Miasta Tarnowa.

15

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

Zarzut 4 – naruszenie art. 67 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 67 ust. 8 i ust. 9 ustawy Pzp.

Odwołujący wskazuje, że w celu stwierdzenia, czy spełniona została przesłanka, o której mowa w art. 67 ust. 1 pkt 12 lit. b) ustawy Pzp w związku z ust. 9 tego powinny zostać spełnione dwa warunki - musi mieć miejsce utworzenie, rozpoczęcie lub reorganizacja działalności osoby prawnej lub zamawiającego, a dane dotyczące średniego przychodu za ostatnie 3 lata powinny być niedostępne lub nieadekwatne ze względu na dzień ww. utworzenia, rozpoczęcia lub reorganizacji działalności. Wskazuje, że Zamawiający powołuje się na reorganizację działalności MP GK jako podstawę uzasadniającą zastosowanie art. 67 ust. 9 ustawy Pzp. Odwołujący podkreśla konieczność rozważenia, jak należy rozumieć pojęcie „reorganizacja” na gruncie przepisów ustawy Pzp i czy rzeczywiście miała one miejsce w przypadku działalności MP GK. Odwołujący powołuje się na definicję pojęcia „reorganizacja” przedstawioną przez Ministerstwo Rozwoju, zgodnie z którą za reorganizację w rozumieniu przepisów ustawy Pzp należy rozumieć m.in. przekształcenia podmiotowe, reorganizację struktury właścicielskiej, zmianę zakresu działalności. Odwołujący podnosi, że zgodnie ze Słownikiem Języka Polskiego „reorganizacja” jest to *«zmiana organizacji czegoś, urządzenie czegoś w inny sposób»*. Podobnie uznał Sąd Okręgowy w Szczecinie w wyroku z dnia z dnia 11 stycznia 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. Wobec braku definicji w ustawie Pzp Odwołujący dla określenia pojęcia „reorganizacja” sięga do Kodeksu pracy, który zawiera pojęcie „reorganizacja zakładu pracy”. Odwołujący powołuje się na wyroki sądów odnoszące się do ww. pojęcia - wyrok Sądu Najwyższego z dnia 29.10.2014 r. (sygn. I PK 65/14) wyrok Sądu Rejonowego w Zawierciu z dnia 2.02.2016 r. (sygn. IV P 131/15), wyrok Sądu Rejonowego w Lubaniu z dnia 29.10.2013 r. (sygn. IV P 128/13), wyrok Sądu Rejonowego w Kłodzku z dnia 13.03.2014 r. (sygn. IV P 371/13), wyrok Sądu Okręgowego w Piotrkowie Trybunalskim z dnia 2.02.2015 r. (sygn. V Pa 12/14). Odwołujący wskazuje ponadto, iż zgodnie z wykładnią funkcjonalną, brzmienie art. 67 ust. 9 ustawy Pzp pozwala na stwierdzenie, że w myśl intencji ustawodawcy reorganizacja,

16

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.

Odnosząc się do okoliczności, które Zamawiający powołał w Informacji o zamiarze zawarcia umowy dla wykazania, iż doszło do reorganizacji MP GK, Odwołujący wskazuje co następuje. Zamawiający twierdzi, że w 2016 r. MP GK nie przystępowała do przetargów na odbiór odpadów komunalnych z okolicznych gmin. Odwołujący wskazuje, że jest to informacja nieprawdziwa, bowiem MP GK w 2016 r. złożyło ofertę w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na zadanie pn.: *Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych z terenu Gminy Dębno w miejscowości Dębno*. Odwołujący wskazuje, że ze względu na brak dostępu do powołanego regulaminu organizacyjnego Odwołujący nie może ustosunkować się do jego zawartości oraz charakteru dokonanych zmian na które powołuje się Zamawiający. Zwraca uwagę, że na stronie Biuletynu Informacji Publicznej jest umieszczony schemat organizacyjny będący załącznikiem do regulaminu organizacyjnego MP GK. Podnosi, że data dodania wspomnianego schematu, a jednocześnie data ostatniej modyfikacji to 8.04.2014 r., natomiast sam schemat organizacyjny jest datowany marcem 2014 r.

Odwołujący wywodzi, że działania, o których mowa w Ogłoszeniu nie stanowią „reorganizacji” w rozumieniu art. 67 ust. 9 ustawy Pzp. W opinii Odwołującego mogą być one uznane za wyraz decyzji o charakterze biznesowym i nie prowadzą do zmian w strukturze

MPGK i w każdej chwili mogą być zmienione. Dotyczy to również domniemanych zmian w umowie spółki i regulaminu - tego typu zmiany stanowią pochodne reorganizacji, ale nie świadczą o niej. Odwołujący podnosi, że tego typu działania noszą znamiona czynności pozornych, podejmowanych w celu obejścia przepisów ustawy Pzp. Powołuje się na wyrok Sądu Najwyższego, który wskazał, że 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). Powołuje się również na uchwałę KIO z dnia 30.10.2015 r., sygn. KIO/KD 57/15; uchwałę KIO z 2.07.2014 r, KIO/KD 52/14 jak też wyrok SN z dnia 16.09.2009 r., sygn. akt II CSK 104/09 oraz wyrok TSUE w sprawie C-29/04.

Zarzut 5 – naruszenia art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp w zw. z art. 67 ust. 8 i 9 ustawy Pzp.

Odwołujący podnosi, że nie został spełniony drugi warunek w postaci niedostępności lub nieadekwatności danych dotyczących średniego przychodu za 3 lata ze względu na reorganizację. Podkreśla, że nie każda reorganizacja działalności uzasadnia zastosowanie

17

art. 67 ust. 9 ustawy Pzp, lecz tylko ta, ze względu na którą dane z poprzednich lat są niedostępne lub nieadekwatne. W opinii Odwołującego przesłanka niedostępności danych raczej ma zastosowanie w przypadku utworzenia lub rozpoczęcia działalności, natomiast w przypadku reorganizacji należy zbadać czy możemy dane za ostatnie 3 lata uznać za nieadekwatne. Wobec braku określenia pojęcia „nieadekwatny” w ustawie Pzp Odwołujący powołuje się na definicję zawartą w Słowniku Języku Polskiego, zgodnie z którą „nieadekwatny” oznacza «niezgodny z czymś, niedokładnie czemuś odpowiadający». Zdaniem Odwołującego żadne zmiany, które zostały dokonane przez MPGK, nawet jeżeli Izba uzna je za reorganizację, nie dają podstaw do uznania, że z tego powodu dane z ostatnich 3 lat pozostają nieadekwatne. MPGK nie miało 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.

Zarzut 6 – naruszenia art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp w zw. z art. 67 ust. 8 i 9 ustawy Pzp.

Odwołujący podnosi, że dla wykazania zaistnienia przesłanek z art. 67 ust. 1 pkt 12 na podstawie art. 67 ust. 8 i 9 ustawy Pzp, dla potrzeb udzielenia przedmiotowego zamówienia, Zamawiający powołuje się na opracowaną prognozę handlową na lata 2018 -2020.

Odwołujący informuje, że ww. prognoza nie została opublikowana wraz z ogłoszeniem, ani również, do dnia wniesienia odwołania, w inny sposób udostępniona Odwołującemu, może on zatem bazować wyłącznie na bardzo lakonicznym opisie dotyczącym treści tego dokumentu zawartym na czwartej stronie ogłoszenia.

Wskazuje, że uzasadnienie dotyczące prognozy handlowej na lata 2018- 2020 nie zawiera żadnych twardych danych ekonomicznych, ani ich analizy opartej o wiarygodne dane finansowe. Podnosi, że stanowi ono literalne powtórzenie fragmentu wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 lutego 2017 r. (sygn. akt KIO 96/17), stanowiącego powielenie pism procesowych Zamawiającego oraz MPGK - ówczesnego przystępującego do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego. W ww. postępowaniu MPGK posługiwało się bowiem Prognozą handlową Miejskiego Przedsiębiorstwa Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. na lata 2017-2020 dla celów wykazania spełnienia wymogu określonego w art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp w okresie zamierzonego powierzenia świadczenia usług na rzecz Zamawiającego datowaną na 3.11.2016 r. Odwołujący podkreśla, iż wiarygodność prognozy handlowej MPGK na lata 2017-2020 nie była przedmiotem odwołania, a co za tym idzie, przedmiotem rozstrzygnięcia Krajowej Izby Odwoławczej w sprawie o sygn. akt KIO 96/17.

Odwołujący z powyższego wywodzi, że MPGK na potrzeby każdego kolejnego postępowania o udzielenie zamówienia z wolnej ręki w trybie in-house przygotowuje kolejne

18

prognozy handlowe, które mają uzasadniać spełnianie warunków z art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, a Zamawiający w sposób bezkrytyczny prognozy te akceptuje jako wiarygodne i nie podejmuje próby odniesienia się do kolejnej prognozy handlowej zaprezentowanej przez MPGK, uzasadniając jej wiarygodność, a tym samym spełnienie przesłanki z art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, poprzez powtórzenie lakonicznego i nic nie wnoszącego uzasadnienia przygotowanego na potrzeby innego postępowania (toczącego się w odmiennym stanie faktycznym) i innej prognozy handlowej.

Odwołujący wskazuje, że prognoza handlowa, na którą powołuje się Zamawiający w ogłoszeniu obejmuje w zasadzie ten sam okres (lata 2018-2020) co prognoza handlowa, o której mowa powyżej (lata 2017-2020). Zamawiający nie wyjaśnia natomiast w żaden sposób, jaka jest relacja pomiędzy tymi dokumentami i z jakich powodów doszło do zmiany prognozy handlowej na lata 2017-2020. Odwołujący wskazuje, że w ramach postępowania odwoławczego toczącego się pod sygn. akt KIO 96/97 Zamawiający oraz spółka MPGK wielokrotnie deklarowały, iż MPGK, w ramach całkowitej reorganizacji, podjęła decyzję o zaprzestaniu z dniem 31.12.2016 r. świadczenia usług odbierania i zagospodarowania odpadów z gmin ościennych (gmin powiatu tarnowskiego, brzeskiego i dąbrowskiego) i zamierza ograniczyć się wyłącznie do odbierania i zagospodarowania odpadów z Miasta Tarnowa. Na poparcie tych twierdzeń przedstawiano m.in. prognozę handlową na lata 2017-2020 z dnia 3.10.2016 r.

Odwołujący zwraca również uwagę, iż 26.10.2017 r. Rada Miejska w Tarnowie podjęła uchwały o wyrażeniu zgody na zawarcie porozumienia z gminami Zakliczyn (uchwała nr XLIV/441/2017) oraz Skrzyszów (uchwała nr XLIV/442/2017) dotyczącymi przejęcia od tych gmin wykonywania zadania własnego w zakresie odbierania i zagospodarowania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy. Co więcej, 29.11.2017 r. Gmina Tarnów opublikowała Informację o zamiarze zawarcia umowy analogiczną do ogłoszenia, przy czym przedmiotem postępowania zainicjowanego poprzez publikację ogłoszenia z dnia 29.11.2017 r. jest odbieranie i zagospodarowanie przez spółkę MPGK odpadów komunalnych z terenu gminy Skrzyszów. Odwołujący podnosi, że ww. ogłoszeniu dot. gminy Skrzyszów Zamawiający powołuje się, jak się zdaje, na tę samą prognozę handlową, co w ogłoszeniu z dnia 22.11.2017 r. dot. gminy Ryglice. Podnosi, że Zamawiający nie wskazuje jednak, jak na dane zawarte w przedmiotowej prognozie handlowej wpływają kolejne zamówienia z wolnej ręki udzielane przez Zamawiającego w trybie in-house, oraz zamiar MPGK ponownego rozszerzenia (wbrew deklaracjom składanym w ramach postępowania toczącego się pod sygn. akt KIO 96/17) zakresu geograficznego swojej działalności o gminy sąsiadujące.

W opinii Odwołującego wskazane okoliczności wskazują, iż prognozy handlowe, na które powołuje się Zamawiający, nie są wiarygodnymi dokumentami, w oparciu o które mógłby

zostać zastać zastosowany niekonkurencyjny tryb zamówienia z wolnej ręki zgodnie z art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp.

Zarzut 7 - art. 67 ust. 1 pkt 12 w związku z art. 7 ust. 1 ustawy 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 OKiK oraz art. 6 ust. 1 ustawy OKiK.

Odwołujący podnosi, że zgodnie z art. 9 ust. 2 pkt 5 ustawy OKiK 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.

Odwołujący wskazuje, że 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. W świetle art. 4 pkt 1 lit. a) ustawy OKiK 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. Pojęcie usług

użyteczności publicznej, niezdefiniowane w ustawie OKiK, 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. 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.

W opinii Odwołującego Zamawiający odpowiada powyższym kryteriom i jest przedsiębiorcą organizującym usługi w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy oraz od właścicieli

20

nieruchomości, na których w części zamieszkują mieszkańcy, a w części nie zamieszkują mieszkańcy, a powstają odpady komunalne, znajdujących się na terenie Gminy Miasta Tarnowa. Podnosi, iż Zamawiający twierdzi również, że na podstawie porozumienia skutecznie przejął od Gminy Ryglice wykonywanie jej zadania własnego w zakresie odbierania i zagospodarowania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy.

Odwołujący wskazuje, że przy założeniu, iż faktycznie doszło do skutecznego przejęcia przez Zamawiającego od Gminy Ryglice wykonywania zadania własnego w zakresie odbierania i zagospodarowania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy, działania Zamawiającego w stosunku do rynku właściwego jakim jest rynek odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych z terenu Gminy Ryglice, podlegają ocenie również z punktu widzenia regulacji zawartej w art. 9 ustawy OKiK. Odwołujący podkreśla, że uprawnienie Zamawiającego do organizowania rynku usług użyteczności publicznej (w tym wypadku usług odbierania i zagospodarowania odpadów komunalnych) nie przekreśla możliwości oceny jego zachowania pod kątem nadużywania pozycji dominującej, w szczególności zaś czy zachowanie Zamawiającego nie prowadzi do tzw. dławienia konkurencji. Potwierdził to jednoznacznie Sąd Najwyższy w wyroku z 26.01.2017 r. (sygn. akt I CSK 252/15). Odwołujący podnosi, że decydując o udzieleniu zamówienia w trybie zamówienia z wolnej ręki na rzecz MPGK, Zamawiający niewątpliwie wpływa na kształt rynku odbioru 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 na terenie Gminy Ryglice.

Podnosi, że Zamawiający, po zawarciu Porozumienia - przy założeniu jego skuteczności - ma pozycję dominującą na rynku właściwym, za który należy uznać rynek organizowania usług odbierania i zagospodarowania odpadów komunalnych z terenu Gminy Ryglice, jest bowiem jedynym podmiotem, który odpowiada za organizację usług użyteczności publicznej z zakresu gospodarki odpadami na tym terenie.

Odwołujący powołuje się na rozumienie rynku właściwego zgodnie z ustawą OKiK i podkreśla, że do naruszenia przepisów tej ustawy 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 rynku. Zakazane na podstawie ustawy OKiK 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. Wskazuje, że zgodnie z art. 9 ust. 2

21

pkt 5 ustawy OKiK 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. Podnosi, że do naruszenia dochodzi tym bardziej wówczas, gdy organizator rynku w ogóle eliminuje konkurencję o rynek, przyznając prawo świadczenia usług uznaniowo wybranemu przedsiębiorcy, w tym wypadku swojej własnej spółce komunalnej, dla której, przypomnijmy, Gmina Ryglice nie jest macierzystą

gminą, na rzecz której MP GK powinna świadczyć usługi. Co więcej, przed 1.01.2017 r. spółka MP GK startowała w przetargach na odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych w Gminie Ryglice, na tych samych zasadach co prywatni przedsiębiorcy zainteresowani świadczeniem analogicznych usług na terenie tej gminy. Podnosi, że następnie MP GK wycofała się z rynku konkurencyjnego (podobnie jak z rynków konkurencyjnych w innych gminach w regionie), aby wykazać spełnianie przesłanek z art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp na potrzeby uzyskania zamówienia z wolnej ręki w trybie in-house dotyczącego odbioru i zagospodarowania odpadów z terenu Gminy Miasta Tarnowa. Niespełna rok po uzyskaniu tego zamówienia, spółka MP GK powraca, za pomocą działań Zamawiającego zmierzających do obejścia prawa opisanych szerzej w pierwszym zarzucie niniejszego odwołania, do realizacji zadań z zakresu gospodarki odpadami na terenie Gminy Ryglice, tyle że pozyskuje stosowne zamówienie nie w trybie konkurencyjnym, a w wyniku działań Zamawiającego powodujących wyeliminowanie konkurencji z przedmiotowego rynku.

Zaznacza, że zgodnie z art. 6 ust. 1 ustawy OKiK zakazane są porozumienia, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym. W ocenie Odwołującego, Porozumienie zawarte pomiędzy Zamawiającym a Zamawiającym ad 2 (Gmina Ryglice) stanowi przykład właśnie takiego zakazanego porozumienia, wobec czego udzielenie zamówienia w trybie z wolnej ręki w przypadku opisanym w art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp jest sprzeczne z art. 7 ust. 1 oraz z art. 18 Dyrektywy 2014/24/UE.

W toku rozprawy w dniu 20.12.2017 r. Odwołujący złożył pismo w którym poszerzył argumentację zawartą w odwołaniu.

Odwołujący wywodzi, że z uzasadnienia wyboru tryby zawartego w informacji wynika, iż zdaniem Zamawiającego, wyeliminowanie konkurencji z Gminy Ryglice jest uzasadnione celem publicznym, pozwoli bowiem na świadczenie usług odbierania i zagospodarowania odpadów komunalnych po cenach niższych niż ceny oferowane w przetargach, tj. w trybach konkurencyjnych, bez uszczerbku dla ich jakości, a może nawet jakoś tę zwiększając. Odwołujący podnosi, iż dane podane przez Zamawiającego na okoliczność rzekomego

22

wzrostu cen w gminach sąsiadujących, jak również w samym Tarnowie, są niewiarygodne, na co wskazują wycenienia dla Gminy Ryglice, wskazujące na miesięczny koszt odbioru i zagospodarowania 1 Mg odpadów komunalnych w Gminie Ryglice, które zostały opracowane na podstawie cen oferowanych w poszczególnych postępowaniach przetargowych przez MP GK i wykonawców prywatnych operujących na rynku ryglickim

w stosunku do okresu realizacji umowy oraz ilości odpadów komunalnych, których odbiór i zagospodarowanie stanowiły przedmiot świadczenia. Z wycień tych wynika, iż w latach 2014 i 2015, kiedy MP GK była jedynym wykonawcą operującym na rynku ryglickim,

ceny za odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych utrzymywały się na wysokim poziomie. Jedynym rokiem, w którym MP GK zdecydowała się na obniżenie cen, był rok 2016, w którym do przetargu w Gminie Ryglice stanął również Przystępujący po stronie Odwołującego. Wycofanie się MP GK z rynku ryglickiego nie spowodowało natomiast wzrostu cen w stosunku do roku poprzedniego. Ceny te utrzymały się na porównywalnym poziomie, o lokalny rynek konkurowało bowiem aż trzech wykonawców (sytuacja niespotykana w poprzednich latach).

Odwołujący podnosi, że zgodnie z wycieniem opartym o dane zawarte w Ogłoszeniu, w roku 2018 MP GK ma zamiar odbierać i zagospodarowywać odpady komunalne z Gminy Ryglice za cenę 716,92 PLN za 1 Mg za miesiąc, co jest ceną wyższą od cen oferowanych

w roku poprzednim przez wykonawców prywatnych.

Odwolujący podnosi, że zysk ekonomiczny dla mieszkańców Gminy Ryglice i dla samej Gminy Ryglice z powierzenia odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych MPGK z wolnej ręki w trybie in-house jest mało prawdopodobny, przy czym należy uwzględnić okoliczność, że na podstawie porozumienia zawartego pomiędzy Gminą Ryglice a Gminą Miasta Tarnowa, Gmina Ryglice została zobowiązana do zwrotu na rzecz Gminy Miasta Tarnowa kosztów wynikających ze świadczenia usługi odbierania i zagospodarowania odpadów komunalnych, jak również dodatkowej opłaty w wysokości 1,5% wynagrodzenia przedsiębiorstwa odbierającego odpady jako zwrot kosztów obsługi administracyjnej.

Wywodzi z tego, że z punktu widzenia interesu publicznego (tj. interesu mieszkańca Gminy Ryglice) korzystniejsze byłoby bezpośrednie rozpisywanie konkurencyjnych postępowań o zamówienie publiczne przez Gminę Ryglice niż powierzenie odbioru i zagospodarowania swoich odpadów komunalnych MPGK (za pośrednictwem Gminy Miasta Tarnów) z wolnej ręki, co powoduje wzrost kosztów związanych z gospodarką odpadami, a nie ich spadek. Wskazuje, że taka sytuacja ma miejsce w Gminie Skrzyszów, gdzie jednoznacznie koszt świadczenia usługi przez MPGK w trybie in house przewyższa ceny oferowane Gminie Skrzyszów w przetargach przez wykonawców prywatnych. Wskazuje, że nie ma również podstaw do przyjęcia, iż poprawi się jakość świadczonych usług.

Odwolujący podnosi, że interes publiczny (interes mieszkańców Gminy Ryglice czy samej Gminy Ryglice) nie był zatem i nie jest prawdziwym powodem, dla którego Gmina Miasta

Tarnów powierza MPGK z wolnej ręki (w trybie in-house) realizację usługi odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych z Gminy Ryglice. Wskazuje, że prawdziwe powody i przyczyny skłaniające Zamawiającego do takiego rozwiązania eliminującego z rynku ryglckiego (oraz uprzednio tarnowskiego) konkurencję zostały jasno wyartykułowane na sesji Rady Miejskiej w Tarnowie w dniu 26.10.2017 r., w czasie której omawiano kwestię tego, iż MPGK nie dysponuje zasobami wystarczającymi na samodzielną, autonomiczną realizację zadania prawidłowego zagospodarowania powierzonych jej odpadów. W opinii Odwołującego, z treści ww. obrad wysnuć należy wniosek, że MPGK nie może zrealizować zadania zagospodarowania odpadów komunalnych z Gminy Ryglice powierzonego w trybie in-house zgodnie z obowiązującym prawem, nie posiada bowiem ku temu wystarczających zasobów technicznych i musi korzystać z podwykonawców, co jest ustawowo zabronione (zgodnie z art. 36a ust. 2a ustawy Pzp, wykonawca, któremu udzielono zamówienia na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 12-14 Pzp jest zobowiązany do osobistego wykonania jego kluczowych części). Wskazuje, że mimo to Zamawiający, przy pełnej świadomości braku wystarczających zasobów Spółki, planuje powierzyć MPGK zamówienie z wolnej ręki w trybie in-house w odniesieniu do Gminy Ryglice, ale także innych gmin ościennych (Skrzyszowa i Zakliczyna).

Wskazuje, że z treści obrad wynika, że MPGK dysponuje wolnym potencjałem - dodatkowymi mocami przerobowymi w regionalnej instalacji do przetwarzania odpadów komunalnych, zatem zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa (art. 91 ust. 1 UPGK) jest obowiązana zawrzeć umowę na zagospodarowanie zmieszanych odpadów komunalnych i odpadów zielonych ze wszystkimi podmiotami odbierającymi odpady komunalne od właścicieli nieruchomości, którzy wykonują swoją działalność w ramach regionu gospodarki odpadami komunalnymi, czyli także z wykonawcami prywatnymi. Wskazuje, że MPGK odmawia jednak podmiotom prywatnym zawarcia takich umów, powołując się na ograniczoną moc przerobową instalacji do mechaniczno-biologicznego przetwarzania zmieszanych odpadów komunalnych. Wywodzi z tego, że albo Zamawiający wspólnie z MPGK w sposób świadomy łamie prawo odmawiając przyjęcia zmieszanych odpadów komunalnych do instalacji MPGK tylko i wyłącznie w celu wykazania formalnego spełnienia przesłanek do udzielania MPGK kolejnych zamówień z wolnej ręki w trybie in-house, a tym samym do docelowego zmonopolizowania rynku tarnowskiego i ościennych, albo faktycznie MPGK nie dysponuje jednak mocami przerobowymi, a co za tym idzie nie może przejąć świadczenia usług odbierania i zagospodarowania odpadów w Gminie Ryglice.

Odwolujący podnosi, iż w toku obrad z dnia 26.10.2017 r. omawiana była konieczność zwiększenia opłaty za gospodarowanie odpadami komunalnymi. Wzrost opłaty za gospodarowanie odpadami komunalnymi miałby wynieść 35%, a zatem nawet więcej niż przedstawione przez Zamawiającego w Ogłoszeniu kwoty, o które miały wzrosnąć ceny w sąsiednich gminach. Odwołujący wskazuje, że w samej treści uzasadnienia do projektu

uchwały zmieniającej uchwałę w sprawie wyboru metody ustalenia opłaty za gospodarowanie odpadami komunalnymi, ustalenia wysokości tej opłaty, ustalenia stawek opłaty za pojemniki oraz zwolnień z opłaty za gospodarowanie odpadami komunalnymi wskazano, że wynika to m.in. ze wzrostu kosztów pracy o co najmniej 16% (19% w przypadku wynagrodzenia minimalnego) oraz kosztów zagospodarowania odpadów o około 8%. Odwołujący wywodzi z powyższego, że Zamawiający doskonale zdaje sobie sprawę z obiektywnych powodów ewentualnego wzrostu cen świadczenia usługi odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych i, co za tym idzie, zwiększenia koniecznych nakładów na ten cel,

pomija jednak

celowo ten aspekt w Ogłoszeniu, sugerując nieuzasadnione zawyżanie cen przez sektor prywatny przy jednoczesnej możliwości świadczenia usług tej samej jakości przez MPGK po znacznie niższych cenach (co ma uzasadniać wyeliminowanie konkurencji poprzez zastosowanie trybu in-house). Podnosi, iż z protokołu z ww. obrad wynika, że zasadniczym powodem zwiększenia opłaty za gospodarowanie odpadami komunalnymi jest konieczność podniesienia „skandalicznie niskich” zarobków pracowników MPGK. Podnosi, że zgodnie z wypowiedzią Prezydenta Miasta taki stan rzeczy wynikał z konkurencji na wolnym rynku, co oznaczało m.in. obniżki pensji, brak funduszu socjalnego i wprowadzenie oszczędności wszędzie tam, gdzie było to możliwe. Z innych wypowiedzi Prezydenta i radnych wynikać ma, że po wyeliminowaniu konkurencji, a zatem po decyzji o przejściu całego rynku gospodarowania odpadami przez MPGK konieczny jest powrót do „przywzwoitych wynagrodzeń”. Podnosi, że zarząd MPGK potwierdził w sprawozdaniu z działalności Spółki, iż w roku obrotowym 2016 (str. 9) Spółka wykonywała działalność polegającą na odbieraniu i zagospodarowaniu odpadów komunalnych ze stratą (odbieranie — wynik na działalności: 195.285,75, rentowność -4,13%; zagospodarowanie: -280.381,90, rentowność: -2,28%). Odwołujący wywodzi z powyższych okoliczności, że ceny za te usługi oferowane przez MPGK w 2016 r. były dumpingowe. Wskazuje, że cele biznesowe i zamierzenia spółki MPGK są przejrzyste — wyeliminowanie konkurencji z rynku lokalnego poprzez niedozwolone wykorzystanie instrumentu in-house, zdobywanie kolejnych rynków pod hasłem rzekomego dbania o interes publiczny i następnie podwyższanie opłat za gospodarowanie odpadami komunalnymi w sposób, który pozwoli zniwelować straty wynikające z poprzednich lat.

Odwołujący podnosi, że powyższe wskazuje jednoznacznie na to, że rzeczywistym i jedynym celem wprowadzenia, utrzymania i rozszerzenia instrumentu in-house w Tarnowie (i gminach ościennych) jest chęć prowadzenia działalności gospodarczej poprzez kontrolowaną przez władze Miasta spółkę. W opinii Odwołującego działania te nie mają jakiegokolwiek związku z rzekomym interesem publicznym, a służą jedynie wyeliminowaniu konkurencji w postaci przedsiębiorców prywatnych działających na tych rynkach.

Wskazuje, że opisana działalność Zamawiającego ewidentnie stanowi naruszenie zasad konkurencji wynikających z art. 49, art. 56, art. 102 i art. 106 TFUE (na konieczność

czego, wskazuje prounijna interpretacja przepisów ustawy Pzp) oraz art. 9 ust. 2 pkt 5 i art. 6 ust. 1 ustawy OKiK, co w konsekwencji prowadzi do nieuzasadnionego preferowania tylko jednego z wykonawców zainteresowanych zamówieniem publicznym z pominięciem innych wykonawców działających na rynku właściwym, co stanowi naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz przejaw zakazanego prawnie nadużywania pozycji dominującej przez jednostki samorządu terytorialnego traktowane w ramach organizacji rynku usług użyteczności publicznej jak przedsiębiorcy.

W zakresie zarzutu nieprawidłowego uznania wskazanych w ogłoszeniu okoliczności za reorganizację oraz zarzutu dotyczącego nieprawidłowego uznania danych MPGK jako adekwatnych, Odwołujący podnosi, że właściwe światło na znaczenie niezdefiniowanego pojęcia reorganizacja (czyli sytuacji, w której znajduje zastosowanie wyjątek od zasady) może rzucić zrozumienie celu, jaki przyświecał wprowadzeniu zasady uwzględniania danych z trzech lat poprzedzających udzielenie zamówienia. Podnosi, że in-house jest zarezerwowany dla usług, które „od zawsze” były realizowane na danym rynku przez sektor publiczny. Wskazuje, że w wyjątkowych przypadkach ustawodawca unijny dostrzega również możliwość udzielenia

zamówienia w trybie in-house nowej lub zreorganizowanej spółce publicznej. Biorąc pod uwagę, że jest to wyjątek od zasady, należały się zastanowić, jakie wyjątkowe sytuacje uzasadniają jego zastosowanie, tzn. utworzenie nowej spółki i powierzenie jej zamówienia w trybie in-house, lub powierzenie takiego zamówienia spółce, która przeszła restrukturyzację. W ocenie Odwołującego z taką sytuacją możemy mieć do czynienia np. w przypadku realizacji poważnej, nowej inwestycji infrastrukturalnej przez gminę służącej zaspokojeniu dotychczas niezaspokojonych potrzeb publicznych, która w celu zarządzania tą inwestycją tworzy nową spółkę celową. Innym przypadkiem tego typu może być sytuacja, w której ze względu na brak zainteresowania sektora prywatnego świadczeniem określonych usług (np. usług odbierania odpadów komunalnych), gmina jest zmuszona do realizacji tych zadań poprzez własną spółkę komunalną (nową, lub istniejącą, która przejmując na siebie zupełnie nowe zadania, czyli przechodzi reorganizację). Tym samym analiza historycznych danych finansowych takiej spółki, siłą rzeczy, nie ma znaczenia i staje się nieadekwatna do zupełnie nowej sytuacji (nowych zadań), w jakiej się spółka znalazła, i uzasadnionym staje się bazowanie na wiarygodnych prognozach handlowych.

Wskazuje, że reorganizacja została w art. 67 ust. 9 ustawy Pzp postawiona na równi z założeniem nowego podmiotu. Zatem reorganizacja, aby wypełniać normę omawianego przepisu, musi mieć rangę i znaczenie porównywalne do założenia zupełnie nowego podmiotu.

Odwołujący podnosi, że reorganizacją działalności nie są z całą pewnością czynności podawane jako takie przez Zamawiającego w Informacji, tj. np. rezygnacja z udziału w rynku konkurencyjnym (w przetargach) na rzecz świadczenia tych usług poprzez instrument in-

26

house, czy rezygnacja ze świadczenia usług na rzecz klientów prywatnych, bowiem są to zwykle decyzje dot. strategii biznesowej Spółki, która od lat świadczy i ma zamiar świadczyć te same usługi, zachowując dotychczasowy (niezmieniony) profil działalności. Podnosi, że odmienna interpretacja pojęcia reorganizacja prowadziłaby do wypaczenia istoty omawianych przepisów i możliwości zastosowania wyjątkowego trybu, jakim jest in-house, w sposób dowolny i w dowolnej sytuacji, co z kolei oznaczałoby możliwość zupełnie nieskrępowanej ingerencji w rynek ze strony podmiotów publicznych i możliwość eliminowania z niego konkurencji (wykonawców prywatnych) w sposób nagły, który nie pozwala nawet na dostosowanie do nowych uwarunkowań gospodarczych. Podnosi, że treść Ogłoszenia jest tak lakoniczna w tym zakresie, że nie pozwala na precyzyjne ustalenie, jakie konkretnie działania miały miejsce w ramach tzw. „reorganizacji” w MPGK, ani w jakich terminach. Podnosi, że sprawozdanie zarządu MPGK z działalności spółki w roku obrotowym 2016 poświęca tzw. „reorganizacji” jeden, równie lakoniczny akapit na stronie szóstej: *„Ze względu na konieczność przeprowadzenia reorganizacji Spółki, będącej konsekwencją zapisów nowelizacji ustawy Pzp w odniesieniu do podmiotów wewnętrznych zdefiniowanych w tej ustawie, z dniem 31.12.2016 r. Spółka zakończyła świadczenie usług odbioru i zagospodarowania odpadów na rzecz gmin dotychczas obsługiwanych. Docelowo cały potencjał osobowy oraz sprzętowy będzie wykorzystywany wyłącznie do zaspokojenia potrzeb mieszkańców miasta Tarnowa. Opisane aspekty wymusiły na Spółce liczne działania prorozwojowe i proinwestycyjne”*. Odwołujący wskazuje, że z powyższego jasno wynika, iż w MPGK nie miała miejsca żadna reorganizacja, a jedynym realnym działaniem była rezygnacja z udziału w przetargach w gminach ościennych, podyktowana wyłącznie chęcią czy wizją biznesową otrzymywania w przyszłości zamówień w trybie in-house, i to wyłącznie na terenie Gminy Miasta Tarnów.

Odwołujący podnosi również, iż zachodzi niespójność pomiędzy „reorganizacją” do której miało dojść w MPGK a chęcią przejęcia przez Spółkę obsługi rynku odbierania i gospodarowania odpadami komunalnymi w gminach ościennych, w tym w Gminie Ryglice, skoro owa rzekoma reorganizacja była nastawiona właśnie na rezygnację z udziału w przetargach organizowanych w gminach ościennych i koncentrację wyłącznie na zaspokojeniu potrzeb mieszkańców miasta Tarnowa. Podnosi, że mając na uwadze, że rezygnacja z tych rynków była kluczowym elementem tzw. „reorganizacji” MPGK w roku 2016, i to ona miała powodować, że historyczne dane finansowe spółki stały się nieadekwatne, to obecne działania MPGK należy interpretować jako powrót do sytuacji sprzed reorganizacji, czyli swoistą dereorganizację. Odwołujący z powyższego wywodzi, że tym samym dane, które rzekomo przestały być adekwatne w grudniu 2016 r., ponownie nimi się stają i w przedmiotowej sprawie nie znajdzie zastosowania wyjątek z art. 67 ust. 9 ustawy Pzp.

W zakresie zarzutu niewiarygodnych prognoz handlowych, Odwołujący powołuje się na elementy przedmiotowej prognozy handlowej, które nie pozwalają na uznanie jej za wiarygodną. O braku wiarygodności prognozy w opinii Odwołującego świadczy zestawienie danych w niej zawartych i dokonanie prostych obliczeń na ich podstawie. Wskazuje, że zgodnie z prognozą handlową na lata 2018-2020, udział zagospodarowania odpadów w przychodach MPGK ma wynieść 55,9894 zł. Zgodnie ze schematem nr 2 — struktura przychodów w roku 2016 zawartym w Sprawozdaniu Zarządu MPGK z działalności Spółki w roku obrotowym 2016 (strona 9 sprawozdania), udział ten w roku 2016 wyniósł 61,68%.

Jednocześnie, MPGK planuje rozbudowę posiadanej RIPOK (regionalna instalacja przetwarzania odpadów komunalnych) o instalację do produkcji paliwa alternatywnego RDF. Podnosi, że prognoza jednak zdaje się nie uwzględniać wpływu planowanej rozbudowy na stronę przychodową przedsiębiorstwa. Wskazuje, że z prognozy nie można również w żaden sposób wyczytać, dlaczego udział zagospodarowania odpadów komunalnych w strukturze przychodowej MPGK będzie mała, a nie rósł. Podnosi również, że prognozowany wzrost przychodów pochodzących z zagospodarowania odpadów komunalnych jest minimalny, podobnie jak prognozowany wzrost masy odpadów komunalnych, które mają zostać poddane zagospodarowaniu, co wywołuje uzasadnione wątpliwości, czy w prognozie handlowej uwzględniono (a jeśli tak, to w jaki sposób) tendencję do zwiększania się produkowanej przez mieszkańców masy odpadów wraz z rozwojem gospodarczym, wymuszony zmianami prawa wzrost udziału odpadów zbieranych w sposób selektywny w ich ogólnej masie, założenia gospodarki o obiegu zamkniętym, czy wreszcie zwiększone koszty świadczenia usług zagospodarowania (w tym np. koszty pracy), co powinno w dobrze funkcjonującym przedsiębiorstwie przekładać się również na stronę przychodową (zwiększające się koszty powodują konieczność odpowiedniego zwiększenia przychodów dla zachowania rentowności przedsiębiorstwa). Podnosi, że te same uwagi dotyczą braku uwzględnienia uwarunkowań prawnym — rynkowych w pozostałych elementach składowych prognozy, np. w zakresie dotyczącym przychodów pochodzących z usługi odbierania odpadów komunalnych. Dalej Odwołujący wskazuje, że z prognozy wynika, iż jednym z planowanych elementów przychodowych MPGK jest zagospodarowanie odpadów — gminy (porozumienia komunalne) oraz zagospodarowanie odpadów — pozostali. Odwołujący przyjmuje założenie, chociaż nie wynika to w sposób jasny z prognozy, że pod kategorią pozostali mieszczą się gminy ościenne, z których MPGK zamierza odbierać i zagospodarowywać odpady komunalne na zasadzie in-house. W tym kontekście zwraca uwagę odrębna kategoria porozumienia komunalne, która, jak się zdaje, również obejmuje analogiczne powierzenia - niejasne jest zatem rozdzielenie tych kategorii. Wskazuje, że Zamawiający zadeklarował, że na podstawie porozumień międzygminnych zamierza przekazać MPGK odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych w gminach Ryglice, Skrzyszów i Zakliczyn, przy czym w odniesieniu do gmin

Ryglice i Skrzyszów znane są szacunkowe wartości tych zamówień, które obejmują lata 2018 — 2020 i sumują się na kwotę 6.038.333,33 złotych (tj. 3.833.333,33 zł w przypadku Gminy Skrzyszów oraz 2.205.000,00 zł w przypadku Gminy Ryglice). Kategoria „zagospodarowanie odpadów — pozostali” wykazuje natomiast sumę przychodów MPGK z tego tytułu w analogicznym okresie na 6.564.439,50 złotych. Nie ma przy tym kategorii odbiór odpadów — pozostali, chociaż zadania powierzone MPGK w odniesieniu do tych gmin obejmują również odbieranie odpadów. Odwołujący wnioskuję z powyższego, że albo cała kwota przychodów uzyskanych z odbierania i zagospodarowania odpadów w gminach ościennych została uwzględniona w kategorii zagospodarowanie odpadów — pozostali (przy czym w tym przypadku podana kwota jest niedoszacowana, nie obejmuje bowiem planów dotyczących Gminy Zakliczyn), albo przychody uzyskane z odbierania odpadów komunalnych w tychże gminach nie zostały uwzględnione. Jak wskazuje, inną możliwością byłoby uwzględnienie danych dotyczących odbierania odpadów komunalnych z gmin Ryglice, Skrzyszów i Zakliczyn w kategorii odbiór odpadów — gminy (porozumienia komunalne), w takim jednak przypadku kwoty wskazane jako przychody ze świadczenia usługi odbierania odpadów komunalnych są niedoszacowane.

Odwołujący podnosi również, że wobec prawnego zobowiązania MPGK jako podmiotu

prowadzącego RIPOK jest ona zobligowana do przyjmowania do zagospodarowania odpadów komunalnych z całego regionu gospodarki odpadami (w naszym przypadku całego województwa małopolskiego), o ile dysponuje wolnymi mocami przerobowymi. Wskazuje, iż z okoliczności faktycznych wynika, że MPGK może takie posiadać i że zwiększą się one wraz z rozbudową RIPOK. Na podstawie przedstawionej prognozy handlowej Odwołujący wnioskuję, iż swoje dzisiejsze wolne moce MPGK przekłada na 6.564.439,50 złotych przychodów w latach 2018-2020 (kwota wskazana w prognozie w kategorii zagospodarowanie odpadów — gminy (porozumienia komunalne). Odwołujący podnosi, że może się zatem okazać, że zanim dojdzie do powierzeń w drodze porozumień, podmioty prywatne wystąpią do MPGK z wnioskiem o zawarcie umów na zagospodarowanie odpadów na lata 2018 -2020, być może nawet na lepszych warunkach finansowych niż prognozowane. MPGK, działając zgodnie z prawem, powinna takie umowy zawrzeć, co radykalnie może zmienić strukturę przychodową przedsiębiorstwa (już suma kwoty 6.564.439,50 zł oraz kwoty 150.000 zł wskazanej w prognozie jako działalność komercyjna daje prawie 10% prognozowanych przychodów).

Odwołujący podnosi, że okoliczność taka nie znalazła się, choćby wariantowo, w prognozie. Wskazuje, że prognoza nie uwzględnia również sytuacji, w której przykładowo nie dojdzie do realizacji zamierzeń Zamawiającego/MPGK w związku z brakiem możliwości prawomocnego powierzenia MPGK zamówienia na odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych w gminach Ryglice, Skrzyszów i Zakliczyn lub odstąpienia lub rozwiązania przez

29

te gminy zawartych porozumień (taką możliwość przewiduje np. § 5 ust. 2 porozumienia międzygminnego z dnia 16.11.2017 r. pomiędzy Gminą Miasta Tarnów a Gminą Skrzyszów).

W opinii Odwołującego powołane okoliczności wykazują, że prognoza handlowa przygotowana przez MPGK i zaakceptowana przez Zamawiającego jest zupełnie niewiarygodna, nie uwzględnia bowiem szeregu kluczowych dla sprawy elementów i okoliczności, że nie została zatem spełniona przesłanka, o której mowa w art. 67 ust. 9 ustawy Pzp.

Stanowisko Zamawiającego

W toku posiedzenia przez Krajową Izbą Odwoławczą Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości. Jako uzasadnienie stanowiska przytoczył poniższe argumenty.

Wskazał, że nie twierdzi, jakoby „do wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie z wolnej ręki uprawnia go porozumienie”. Podnosi, że Porozumienie uprawnia wyłącznie do przejęcia od Gminy Ryglice wykonywania zadania własnego jakim jest odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych. Na podstawie § 4 ust. 1 Porozumienia, Zamawiający zobowiązany jest do dokonania zamówienia publicznego na wykonania przejętego zadania zgodnie z ustawą Pzp — porozumienie nie określa trybu postępowania, co wynikać ma z autonomiczności porozumienia w stosunku do samego postępowania przetargowego. Podnosi, że do wszczęcia postępowania w trybie z wolnej ręki uprawnia Zamawiającego spełnienie przesłanek z art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp i art. 12 ust. 1 Dyrektywy 2014/24/UE. Zgodnie z art. 67 ust. 11 ustawy Pzp Zamawiający opublikował dnia 22.11.2017 r. informację o zamiarze zawarcia umowy, w której zawarł wszystkie elementy wymienione w art. 67 ust. 11 ustawy Pzp, w tym wskazał (w pkt V informacji), że podstawą wszczęcia postępowania jest art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp. Podkreśla, że to nie na podstawie porozumienia dochodzi do udzielenia zamówienia in-house, tylko na podstawie procedury prowadzonej zgodnie z ustawą Pzp i to nie porozumienie ma czynić zadość przepisom ustawy Pzp i Dyrektywy, a procedura wszczęta przez Zamawiającego.

Podnosi, że niewłaściwą jest teza, jakoby art. 12 ust. 4 Dyrektywy został implementowany do prawa polskiego na dwa sposoby, tj. w art. 67 ust. 1 pkt 15 ustawy Pzp i art. 74 usg, bowiem ten ostatni przepis w obecnym brzmieniu obowiązuje od 1.01.1999 r.

Zamawiający wskazuje, że niezależność procedury przewidzianej w art. 74 usg od instytucji in-house świadczy o autonomicznym charakterze porozumienia. W opinii Zamawiającego, twierdzenie Odwołującego, jakoby porozumienie „nie spełniało dodatkowych przesłanek określonych w art. 67 ust. 1 pkt 15 oraz art. 12 ust. 4 Dyrektywy 2014/24/UE” jest pozbawione podstaw prawnych, gdyż zgodnie z art. 67 ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki, jeżeli zachodzi co najmniej jedna z okoliczności

wymienionych w pkt 1 - 15. Wywodzi, że okoliczności te są od siebie niezależne, stąd też spełniając przesłanki określone w pkt 12 nie trzeba „dodatkowo” spełniać przesłanek z pkt 15.

Zamawiający wskazuje, że zasady ustalania udziału w kosztach realizacji zadań zostały, uregulowane w art. 46 ustawy z 13 listopada 2003 r. o dochodach jednostek samorządu terytorialnego, zgodnie z którym jednostka samorządu terytorialnego realizująca zadania z zakresu działania innych jednostek samorządu terytorialnego, na mocy porozumień zawartych z tymi jednostkami, otrzymuje od tych jednostek dotacje celowe w kwocie wynikającej z zawartego porozumienia. Otrzymanie dotacji przez gminę jest uzależnione od uprzedniego przejęcia przez nią zadań publicznych należących do innej gminy. Podnosi, że uchwała w sprawie wyrażenia zgody na zawarcie porozumienia zgodnie z art. 90 usg została przekazana organowi nadzoru, czyli wojewodzie i nie została przez niego zakwestionowana. Zamawiający powołuje się na okoliczność, że tożsame porozumienie zawarły Gminy Gogolin i Tarnów Opolski. Gmina Gogolin opublikowała Informację o zamiarze zawarcia umowy w trybie zamówienia z wolnej ręki w oparciu o art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp na „Świadczenie usług związanych z odbiorem oraz zagospodarowaniem odpadów komunalnych, wytwarzanych przez właścicieli nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy z terenu Gminy Tarnów Opolski”. Jako wykonawcę, któremu gmina zamierzała udzielić zamówienia wskazano Gogolińskie Usługi Komunalne Sp. z o.o. W konsekwencji wszczętego postępowania opublikowano Informację o udzieleniu zamówienia i zawarto umowę na okres od 24 stycznia do 31 grudnia 2017 r. Podnosi, że w związku z końcem realizacji usługi, Gmina Gogolin ponownie wszczęła na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp analogicznie postępowanie i opublikowała Informację o zamiarze zawarcia umowy w trybie in-house. W obydwu postępowaniach Gmina Gogolin powołała się na porozumienie międzygminne zawarte z Gminą Tarnów Opolski. Ponadto, powołując się na porozumienie międzygminne zawarte na podstawie art. 74 usg Gmina Gogolin w kwietniu 2017 r. udzieliła w trybie art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, spółce Gogolińskie Usługi Komunalne jeszcze jednego zamówienia na „Tworzenie i utrzymanie Punktu Selektywnego Zbierania Odpadów Komunalnych dla mieszkańców Gminy Tarnów Opolski”.

Zamawiający argumentuje, że trudno także uznać, że Zamawiający dokonał czynności pozornej, a „rzeczywistym zamawiającym” jest Gmina Ryglice. Wskazuje, że ocena pozorności czynności jest przede wszystkim kwestią ustaleń faktycznych - stan faktyczny w przedmiotowej sprawie jest w jego ocenie oczywisty — jednostki samorządu terytorialnego zawarły na podstawie art. 74 usg porozumienie międzygminne. W konsekwencji Gmina Miasta Tarnowa przejęła zadanie własne Gminy Ryglice i zobowiązała się wykonywać obowiązki objęte porozumieniem w zamian za dotację celową otrzymywaną od Gminy Ryglice. Podnosi, że decyzja, w jaki sposób Gmina Miasta Tarnowa będzie realizowała to zadanie została podjęta po dokonaniu analizy, która wykazała, że spełnione zostają przesłanki do skorzystania

z instytucji in-house. Podnosi, że spełnienie warunków pozorności oświadczeń woli oznacza, że osoba składająca oświadczenie nie chce, aby powstały skutki prawne, jakie zwykle prawo łączy ze składaniem przez nią oświadczeniem. Tymczasem, rzeczywistym zamiarem gmin było osiągnięcie skutku, jaki prawo wiąże z zawarciem porozumienia międzygminnego. Zamawiający zwraca uwagę, że w przedmiotowej sprawie miały miejsce dwie czynności prawne - zawarcie porozumienia międzygminnego i wszczęcie postępowania w trybie in-house. Odwołujący zarzuca pozorność czynności polegającej na zawarciu Porozumienia – Zamawiający zwraca uwagę, że oznacza to, że gdyby Zamawiający podjął decyzję o wszczęciu postępowania w trybie przetargu nieograniczonego, a nie w trybie in-house, to znaczyłoby, że zawarcie porozumienia nie byłoby w ocenie Odwołującego pozorne, chociaż w dalszym ciągu dotyczyłoby to tej samej czynności prawnej - zawarcia porozumienia oraz miałyby ten sam skutek tj. przejęcie do realizacji zadania własnego powierzonego przez inną gminę. Zmianie uległby jedynie tryb zlecenia realizacji zadania.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp i innych przepisów wskazanych w treści odwołania, w tym art. 7 ust. 1 Pzp oraz art. 49, art. 56, art. 102 i art. 106 Traktatu o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej, prowadzące do naruszenia zasady

konkurencyjności, Zamawiający zwraca uwagę, iż w postępowaniu o sygn. akt KIO 96/17, które zakończyło się oddaleniem odwołania wyrokiem z dnia 7.02.2017 r. Odwołujący podnosił ten sam zarzut, argumentując go w ten sam sposób, Izba tej argumentacji nie podzieliła, zaś stanowisko Izby wskazane w ww. wyroku pozostaje aktualnie w niniejszej sprawie.

Zamawiający podnosi, że z żadnego z powołanych przez Odwołującego 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. Zamawiający podkreśla, że wypełnił dyspozycje art. 67 ust. 11 ustawy Pzp w przepisie tym wyrażone. Wskazuje, że zmiana ustawy Pzp (wprowadzona ustawą z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw, Dz. U. z 2016 poz. 1020) 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 jednak uregulowana w żadnych przepisach, a podstawą jej funkcjonowania stało się orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej. Powołuje się na wyrok TS w sprawie C-107/98 z dnia 18 listopada 1999 r. Teckal Srl p. Comune di Viano i Azienda Gas-Acqua Consorziale (AGAC) di Reggio Emilia. Wskazuje, że w pkt 50 orzeczenia Trybunał określił dwa kryteria, których łączne spełnienie pozwala na

32

wyłączenie stosowania zamówień publicznych – sprawowania kontroli nad daną osobą prawną analogiczną do sprawowanej nad własnymi służbami oraz prowadzenie zasadniczej części swojej działalności na rzecz sprawującej nad nią kontrolę instytucji zamawiającej lub instytucji zamawiających. Wskazuje, że orzecznictwo TSUE, a głównie ww. wyrok, legło u podstaw wprowadzonego do Dyrektywy art. 12, który wyłącza stosowanie Dyrektywy do zamówień publicznych jeżeli zostaną spełnione łącznie przesłanki określone w art. 12 ust. 1.

Zamawiający podnosi, że teza postawiona przez Odwołującego prowadzi do wniosku, że przepisy Dyrektywy i wyrażone w niej zasady nie są w pełni zgodne z przepisami i zasadami

TFUE, dlatego też nawet jeśli Zamawiający nie narusza przepisów Dyrektywy nie 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, wskazano w niej, że została 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 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 mieści się w granicach tego co jest konieczne do osiągnięcia celów Traktatów. Wywodzi z tego, że trudno uznać, że Parlament Europejski i Rada Unii Europejskiej uchwaliły Dyrektywę 2014/24/UE nie uwzględniającą przepisów TFUE, a w konsekwencji nie uzasadniony jest zarzut naruszenia art. 49, art. 56, art. 102 i art. 106 TFUE. Wskazuje, 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, a w konsekwencji przepisy dotyczące instytucji in-house wprowadzone do ustawy Pzp zostały dostosowane do Dyrektywy i TFUE, a jednocześnie ustawodawca określił warunki jakie należy spełnić, aby udzielić zamówienia in-house.

Zamawiający nie zgadza się z twierdzeniem Odwołującego, że jeżeli okaże się, iż podmioty działające na rynku konkurencyjnym wykażą zainteresowanie danym zamówieniem, udzielenie zamówienia w trybie z wolnej ręki nie będzie możliwe. Wskazuje, że 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 ustawie Pzp – ustawodawca w ten sposób zapewnił ochronę zasady konkurencji i przejrzystości, a potencjalnym wykonawcom dał możliwość zweryfikowania spełniania przesłanek z art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp i w przypadku stwierdzenia, że brak jest podstaw do udzielenia zamówienia in-house, podmiot taki ma możliwość wniesienia odwołania do Prezesa KIO. Powołuje się wyrok KIO z dnia 3.03.2017 r.

(sygn. akt. KIO 328/17) oraz na uzasadnienie do projektu ww. ustawy o zmianie ustawy Pzp z którego wywodzi, że ustawodawca świadomie wyłączył tryb konkurencyjny w przypadku instytucji in-house, co nie może być traktowane jako naruszenie zasady konkurencji czy też nadużycie pozycji dominującej. Przywołuje 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”*.

Zwraca uwagę, że wyrok SN z dnia 26 stycznia 2017 r., sygn. akt I CSK 252/15, z którego wynika, że co do zasady zamawiający podlega regułom konkurencji, a regulacji wyłączających gminy spod działania tych przepisów nie ma, został wydany na podstawie poprzednio obowiązującego stanu prawnego, według którego normy ustawy Pzp ani inne przepisy krajowe nie regulowały procedury in-house.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 18 Dyrektywy 2014/24/UE w zw. z art. 4 ust. 1 lit. a) i art. 9 ust. 2 pkt 5 i art. 6 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, prowadzącego do nadużycia pozycji dominującej, Zamawiający zwraca uwagę, iż był on rozpoznawany przez Izbę w sprawie KIO 96/17. Izba orzekła, że przewaga Zamawiającego w wyborze procedury i możliwość zastosowania instytucji in-house mogą być postrzegane jako ograniczenie konkurencji, ale tylko w granicach wyznaczonych prawem, bez możliwości jej wykorzystywania w sposób naganny w rozumieniu ustawy OKiK.

Zamawiający, za Izbą w ww. sprawie wskazuje, że Dyrektywa 2014/24/UE formalnie wprowadziła instytucje in-house uzależniając ją od spełnienia określonych warunków. Dopuszczalność takiego trybu postępowania była uprzednio potwierdzona przez orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, a w szczególności wyrokiem TS z dnia 18 listopada 1999 r. w sprawie C-107/98 Teckal. Podnosi, że nowelizacja Pzp wprowadziła te rozwiązania do prawa polskiego, wobec czego nie można uznać, że skorzystanie z procedury in-house prowadzi do nadużycia pozycji dominującej.

Zamawiający podnosi, że celem porozumienia zawartego z Gminą Ryglice nie było, wbrew twierdzeniom Odwołującego, wyeliminowanie konkurencji, a przekazanie zadania własnego gminy na podstawie art. 74 i art. 31 ustawy o samorządzie gminnym. Wskazuje, że procedura taka nie budzi żadnych wątpliwości prawnych i jest powszechnie stosowana pomiędzy samorządami. Odbieranie i zagospodarowanie odpadów jest zgodnie z art. 6c ust.

1 ustawy upcg, zadaniem własnym gminy i jako takie może zostać przekazane do realizacji innej gminie. Wybór sposobu realizacji przejętego zadania należy do gminy. Wywodzi, że gdyby nie zostały spełnione przesłanki z art. 67 ust. 1 pkt 12 Pzp, Zamawiający w celu wykonania powierzonego zadania, musiałby przeprowadzić przetarg, w sytuacji jednak, gdy przesłanki in-house zostały spełnione, Zamawiający ma prawo skorzystać z tej procedury.

Zamawiający wskazuje na treść art. 1 ust. 3 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, zgodnie z którą to ta ustawa określa organy właściwe w sprawach ochrony konkurencji i konsumentów, i wywodzi, że ustawa ta, podobnie jak ustawa Pzp nie nadaje KIO kompetencji do rozstrzygania w zakresie zgodności z przepisami ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, wobec czego przedmiotowy zarzut pozostaje poza kognicją Izby.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp w zw. z art. 67 ust. 8 i 9 ustawy Pzp poprzez bezzasadne przyjęcie, że doszło do reorganizacji MP GK. Zamawiający wskazuje, że zarzut ten, jak również jego analogiczne uzasadnienie, był już podnoszony w odwołaniu w postępowaniu o sygn. KIO 96/17. We wskazanym postępowaniu, jak podnosi Zamawiający, Izba stwierdziła, że przeprowadzona reorganizacja MP GK i ocena ta jest aktualna również w przedmiotowym postępowaniu. Zamawiający podkreśla, 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 lub będących jej następstwem i pozostających z nią w związku.

Zamawiający wskazuje, że proces przekształcenia MPGK 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 XXXV11/524/2013 Rady Miejskiej w Tarnowie z dnia 20 czerwca 2013 r. Wskazuje, że obowiązujące wówczas uregulowania prawne definiowały udział wykonywania zadań na rzecz organu założycielskiego jako przeważająca większość w stosunku do ogółu przychodów i gdyby w roku 2013 procent działalności powierzonej został określony liczbowo, dzisiaj bez wątpienia Spółka mogłaby bazować na danych historycznych. Wskazuje, że odbiór odpadów natomiast w ówczesnych uwarunkowaniach został wyłączony z możliwości powierzenia zgodnie z zapisem art. 6d. ust. 1 upcg i dopiero nowelizacją ustawy Pzp zmieniono także zapisy ustawy upcg, dopuszczając możliwość wykonywania zadań własnych gminy w zakresie odbioru odpadów bez konieczności stosowania trybu konkursowego i organizowania przetargu, przy czym jednym z trzech warunków wykonywania tej działalności jest 90% udział działalności powierzonej w ogóle działalności mierzonej

35

wielkością wygenerowanych obrotów. Jednocześnie nie wyznaczono okresu na dostosowanie się podmiotów do spełnienia tego warunku.

Podnosi, że w następstwie tych zmian prawnych rozpoczęto w Spółce MPGK proces reorganizacji działalności. Od sierpnia ubiegłego roku przystąpiono do realizacji głębokich przekształceń o charakterze reorganizacyjnym, o czym świadczyć mają poniższe okoliczności:

We wrześniu 2016 roku Zarząd opracował, a następnie Nadzwyczajnie Zgromadzenie Wspólników uchwałą nr 16/2016 z dnia 28.10.2016 r. zatwierdziło Strategię Miejskiego Przedsiębiorstwa Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. w Tarnowie na lata 2016

-2020. Powołuje

się na punkt V.3 przedmiotowego dokumentu w odniesieniu do kierunków rozwoju w zakresie odbioru odpadów, zgodnie z którym reorganizacja spółki jest konieczna i ma polegać na zaangażowaniu działalności na obszarze miasta Tarnowa, natomiast udział w przetargach, w innych gminach i na nieruchomościach Gminy Miasta Tarnowa będzie ograniczony do dopuszczalnego wskaźnika tak, aby spółka mogła funkcjonować jako podmiot wewnętrzny. Powołuje się również na podjętą dnia 28.12.2016 r. Uchwałę Nadzwyczajnego Zgromadzenia Wspólników nr 17/2016 w akcie przekształcenia przedsiębiorstwa komunalnego w Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością stanowiącym umowę Spółki, którą dokonano zmian związanych z zamiarem powierzenia Spółce w trybie „in house” zadania własnego Gminy Miasta Tarnowa w zakresie odbioru odpadów od dnia 1.02.2017 r. Zamawiający wskazuje na zmiany w pkt 6, określającym cele i zakres działalności spółki oraz w pkt 8, dotyczącym prawa do dywidendy. Wskazuje również na zmiany w obrębie zapisów Regulaminu Organizacyjnego Spółki i dostosowaniu go do potrzeb obecnie prowadzonej działalności, skupiającej się głównie na wykonywaniu zadań na rzecz Gminy Miasta Tarnowa, w tym na likwidację Działu Handlowego, podnosi, że zostały też zmienione zadania pracowników Działu Oczyszczania, a pracownicy otrzymali nowe zakresy czynności. Wywodzi z tego, że została wprowadzona nowa struktura organizacyjna i nowy schemat organizacyjny.

Podnosi, że powierzenie kolejnego zadania w trybie „in house” pociąga za sobą konsekwencje właściwego ewidencjonowania poprzez wydzielenie z systemu księgowego kont dotyczących działalności powierzonej, co ma 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.

36

Zamawiający wskazuje, że w celu elastycznego reagowania na potrzeby mieszkańców przewidziano możliwość świadczenia usług w dwuzmianowym systemie pracy, co dotyczy świadczenia usług przede wszystkim w zakresie odbioru odpadów wielkogabarytowych i zielonych, których odbiór nie jest objęty stałą częstotliwością wywozu. Stanowi to odpowiedź na potrzeby aktywnych zawodowo mieszkańców miasta Tarnowa. Ponadto wskazuje, że wypełniając obowiązki nałożone zapisami Planu Gospodarki Odpadami Województwa Małopolskiego dla podmiotów o statusie RIPOK, MPGK przetwarza odpady zmieszane i selektywnie zebrane wytworzone w obrębie regionu tarnowskiego, w tym pochodzące z Gminy Miasta Tarnów, co zostało określone w umowie wykonawczej.

Wskazuje, że następstwem reorganizacji są zmiany ilości zatrudnionych pracowników, zakupy pojazdów oraz zmiany w zakresie jakości świadczonych usług. Podkreśla, że MPGK Sp. z o.o. eksploatuje zlokalizowaną w Tarnowie przy ulicy Komunalnej instalację do mechaniczno-biologicznego przetwarzania odpadów komunalnych o statusie RIPOK dla regionu tarnowskiego. Wskazuje, że 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 (wydzielenie większej ilości frakcji podsitowej zgodnie z faktyczną morfologią odpadów). Podnosi, że ze względu na całkowitą reorganizację przeprowadzoną w Spółce 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 latach następnych miejska instalacja przyjmie do zagospodarowania wszystkie odpady wytworzone na terenie Gminy Miasta Tarnowa, oraz określoną ilość odpadów pochodzącą z okolicznych gmin.

Podnosi, że spółka ma prawo działać na wolnym rynku, zaś postępowanie w Gminie Dębno zostało ogłoszone w dniu 18.03.2016 r. z terminem składania ofert na dzień 26.04.2016 r., zatem w dacie ogłoszenia, składania ofert jak również rozstrzygnięcia przedmiotowego postępowania ustawa Pzp w dzisiejszym brzmieniu nie obowiązywała.

W zakresie zarzutu dotyczącego nieprawidłowego uznania danych dotyczących MPGK jako nieadekwatnych oraz niewiarygodnych prognoz finansowych, Odwołujący podnosi, że zarzut ten wraz z argumentacją podnoszone były w postępowaniu KIO 96/17 i nie został on uznany przez Izbę, zaś ustalenia Izby pozostają aktualne w niniejszej sprawie.

Zamawiający podtrzymuje stanowisko, że 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 po zmianie profilu działalności. Wskazuje, że 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 ustawy Pzp. Wskazuje, że w niniejsze sprawie bezspornie zaszła reorganizacja, która spowodowała, że dane dotyczące średniego przychodu za 3 ostatnie lata poprzedzające udzielenie zamówienia są nieadekwatne. Wskazuje, że zgodnie z językowym znaczeniem słowa prognoza, jest to przewidywanie przyszłości na podstawie zdarzeń już znanych. Wskazuje, że 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. Podnosi, iż mogą to być wszelkie dokumenty, wyceny, sprawozdania, bilanse zarówno sporządzone przez podmioty wyspecjalizowane świadczące usługi w tym obszarze, ale również przez samych zainteresowanych, z których będą wynikać określone fakty.

Zamawiający wywodzi, że od reorganizacji spółki nie upłynęły jeszcze 3 lata, wobec czego nie jest możliwe obliczenie procentu działalności, o którym mowa w art. 67 ust. 1 pkt 12 lit. b ustawy Pzp na podstawie danych historycznych, dlatego MPGK przygotowało aktualną prognozę handlową na lata 2018-2020. Podnosi, że prognoza nie stanowi powielenia prognozy z dnia 3.11.2016 r. co wynika z samego porównania treści obydwu dokumentów. Z prognozy wynika, że ponad 90% działalności MPGK dotyczy wykonywania zadań powierzonych jej przez

Zamawiającego, a tym samym została spełniona przesłanka z art. 67 ust. 1 pkt 12 lit. b ustawy Pzp. Podnosi, że prognozy tworzone są w związku z zamiarem udzielenia zamówienia w trybie in-house, co jest niezbędne do każdorazowego podjęcia decyzji czy została spełniona przesłanka z art. 67 ust. 1 pkt 12 lit. b ustawy Pzp. W opinii Zamawiającego zarzut, że prognoza nie została opublikowana wraz z ogłoszeniem jest bezzasadny. Z żadnych przepisów nie wynika obowiązek publikacji prognozy handlowej. Wskazuje, że art. 67 ust. 11 ustawy Pzp określa, jakie elementy zawiera informacja o zamiarze zawarcia umowy i wszystkie te elementy zostały przez Zamawiającego wskazane. Zamawiający podnosi, że wskazał zarówno w prognozie jak i w informacji o zamiarze zawarcia umowy, w jaki sposób powierzenie Spółce przez Zamawiającego kolejnej usługi wpływa na dane zawarte w prognozie handlowej.

Przy sporządzaniu prognozy handlowej MPGK Sp. z o.o. na lata 2018-2020 dla celów wykazania spełnienia wymogu określonego w art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp w okresie zamierzonego powierzenia świadczenia usług na rzecz gmin objętych porozumieniem komunalnym uwzględniono: szacowaną ilość odpadów z terenu Gminy Miasta Tarnowa (odebranych oraz dostarczonych do eksploatowanej przez Spółkę instalacji MBP) obliczoną na podstawie danych faktycznych, które wystąpiły w 2017 r., szacowaną ilość odpadów z terenu gminy Rygllice (odebranych oraz dostarczonych do eksploatowanej przez Spółkę

38

instalacji MBP) na podstawie danych przekazanych przez gminę, szacowaną ilość odpadów przekazanych przez pozostałych operatorów dostarczających dziś odpady do eksploatowanej przez Spółkę instalacji MBP na podstawie danych faktycznych, które wystąpiły w 2017 r., w odniesieniu do podmiotów, które deklarują kontynuowanie współpracy w latach kolejnych, szacowany wzrost cen zagospodarowania odpadów przyjętych do eksploatowanej przez Spółkę instalacji MBP w latach kolejnych ze względu na wzrost głównych czynników cenotwórczych tj. zagospodarowanie pozostałości z procesu MBP, planowany wzrost wynagrodzeń, szacowany wzrost cen odbioru odpadów od mieszkańców ze względu na wzrost poszczególnych czynników cenotwórczych tj. planowany wzrost wynagrodzeń, systemowa zmiana w zasadach odbioru odpadów, przychody z tytułu całorocznego utrzymania ulic na poziomie planowanym na 2017 r., ze względu na niezmienny zakres usług na lata kolejne oraz założenie utrzymania dzisiejszych cen poszczególnych usług, wystąpienie przychodów zaliczanych do działalności komercyjnej na niewielkim poziomie ze względu na marginalny zakres świadczenia tego typu usług (na dzień dzisiejszy Spółka dzierżawi składniki majątku o wartości w skali roku ok. 40 tys. zł), planowany wzrost ilości wytwarzanych odpadów na podstawie prognozy określonej w Planie Gospodarki Odpadami dla Województwa Małopolskiego. Powołuje się na wyrok KIO z dnia 3.03.2017 r. sygn. akt. KIO 328/17. Wnosi o oddalenie wniosku o skierowanie pytań prejudycjalnych jako bezpodstawny.

Na rozprawie przed Krajową Izbą Odwoławczą w dniu 20.12.2017 r. Przystępujący – MPGK złożył pismo w którym wniósł o oddalenie odwołania w całości, prezentując argumentację zbieżną z przedstawioną przez Zamawiającego.

W toku rozprawy przed Izbą w dniu 20.12.2017 r. strony oraz uczestnicy podtrzymali dotychczasowe stanowisko w sprawie. Odwołujący powołał się ponadto na orzeczenie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z 13.06.2013 r., sygn. C-386/11 dotyczące powierzenia obowiązku utrzymania czystości budynków miejskich w mieście Düren w Niemczech, który zgodnie z jego stanowiskiem znajduje zastosowanie w niniejszej sprawie, wobec okoliczności, iż dotyczył przepisu analogicznego do art. 74 usg. Złożył wniosek o powołanie biegłego z dziedziny ekonomii na okoliczność, że prognoza handlowa MPGK z dnia 15.11.2017 r., nie może być uznana za wiarygodną.

Zamawiający podniósł, iż ww. wyrok jest nieadekwatny do stanu faktycznego niniejszej sprawy, bowiem zawarta tam była umowa cywilnoprawna, odpłatna, a więc inaczej niż w niniejszym postępowaniu. W następstwie tej umowy nie zostały podjęte żadne czynności zmierzające do jej realizacji, nie było następczego zawarcia umowy. Wniósł o oddalenie wniosku o powołanie biegłego.

39

zgromadzone w aktach sprawy i wyjaśnienia złożone na rozprawie przez strony i uczestników postępowania odwoławczego, ustaliła, co następuje.

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Jednocześnie Izba stwierdziła, że Odwołujący, wnosząc przedmiotowe odwołanie w dostateczny sposób wykazał interes w złożeniu środka ochrony prawnej

- odwołania,

w rozumieniu przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny.

Gmina Ryglice zawarła w dniu 13.11.2017 r. z Gminą Miasta Tarnowa porozumienie międzygminne w sprawie powierzenia Gminie Miasta Tarnowa wykonywania zadania własnego Gminy Ryglice w zakresie odbierania i zagospodarowania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy (dalej jako Porozumienie). Porozumienie zostało zawarte na podstawie art. 74 i art. 31 ustawy o samorządzie gminnym oraz uchwał Rady Miejskiej w Ryglicach i Rady Miejskiej w Tarnowie.

Zgodnie z § 1 Porozumienia Gmina Ryglice przekazuje Gminie Miasta Tarnowa wykonywanie zadania własnego Gminy Ryglice określonego w art. 6c ust. 1 ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz.U. z 2017 r. poz. 1289) w zakresie odbierania i zagospodarowania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy, a Gmina Miasta Tarnowa przejmuje prowadzenie tego zadania.

W § 2.1 Porozumienia określono, że Gmina Miasta Tarnowa zobowiązana jest zorganizować odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych poczynawszy od 1 stycznia 2018 r., w ust. 5 określono obowiązek Gminy Miasta Tarnowa polegający na zapewnieniu przekazywania Burmistrzowi Ryglic wymaganych przepisami prawa sprawozdań bezpośrednio przez przedsiębiorstwo odbierające odpady.

§ 3.1 Porozumienia stanowi, że Gmina Ryglice obowiązana jest do pokrywania kosztów wykonywania przekazanego zadania, na które składać się będzie wynagrodzenie przedsiębiorstwa odbierającego odpady oraz zwrot dla Gminy Miasta Tarnowa kosztów

40

obsługi administracyjnej przejętego zadania w wysokości 1,5% wynagrodzenia przedsiębiorstwa odbierającego odpady.

W § 5. 2 Porozumienia określono, że w terminie do 27 grudnia 2017 r. Gminie Miasta Tarnowa służy prawo odstąpienia od porozumienia, zaś w § 5.4, że po upływie terminu określonego w ust. 2 każda ze stron może rozwiązać porozumienie za 6 miesięcznym wypowiedzeniem ze skutkiem na koniec okresu zawarcia umowy o świadczenie usług określonych w § 2 ust. 1.

Z kolei § 4.1. Porozumienia zawiera zapis, iż Gmina Miasta Tarnowa dokona zamówienia publicznego na realizację zadań określonych w § 2 ust. 1 zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych. (Dz. U. z 2017 r. poz. 1579).

Zamawiający – Gmina Miasta Tarnowa w dniu 22.11.2017 r. na stronie Biuletynu Informacji Publicznej Urzędu Miasta Tarnowa opublikował informację o zamiarze zawarcia umowy (dalej: Informacja).

W pkt. II.1. Informacji wskazano, że przedmiotem zamówienia jest „Świadczenie usług w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy, znajdujących się na terenie Gminy Ryglice”.

Punkt IV Informacji - podano nazwę i adres Wykonawcy, któremu Zamawiający zamierza udzielić zamówienia – Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o., ul. Okrężna 11, 33-100 Tarnów.

Punkt V Informacji określał podstawę prawną i uzasadnienie wyboru trybu udzielenia zamówienia z wolnej ręki.

Zgodnie z Informacją, podstawę prawną stanowi art. 67 ust. 1 pkt 12 i ust. 9 ustawy Pzp, zaś wszystkie przesłanki wymienione w tym przepisie są spełnione. Zamawiający będąc jednostką samorządu terytorialnego należy do grona jednostek sektora finansów publicznych, zaś podmiot, któremu zamierza udzielić zamówienia będąc spółką prawa handlowego posiada osobowość prawną. Wskazano, że MPGK jest jednoosobową spółką Gminy Miasta Tarnowa, do której należą wszystkie udziały w spółce i nie ma innych udziałów, stąd warunek z art. 67 ust. 1 pkt 12 lit. c ustawy Pzp jest, zgodnie z Informacją, spełniony.

W Informacji wskazano, że Rada Nadzorcza składa się z pięciu członków, Prezydent Miasta Tarnowa powołuje trzech z nich, 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

41

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.

Dalej Informacja określa, że warunek określony w art. 67 ust. 1 pkt 12 lit. b ustawy Pzp MPGK spełnia przy uwzględnieniu art. 67 ust. 12 ustawy Pzp. Wskazano na przeprowadzoną reorganizację mającą zmierzać do ograniczenia świadczenia przez spółkę usług komercyjnych do poziomu poniżej 10%. Na ww. reorganizację miał złożyć się szereg działań: w 2016 r. MPGK zaprzestało przystępowania do przetargów na odbiór odpadów komunalnych i zaprzestało świadczenia tych usług na zasadach komercyjnych, w dniu 28.12.2016 r. dokonano zmiany umowy spółki dodając między innymi postanowienia dotyczące wykonywania przez MPGK na rzecz Gminy Miasta Tarnowa organizowania i prowadzenia odbioru odpadów komunalnych z terenu miasta Tarnowa, eksploatacji regionalnej instalacji przetwarzania odpadów komunalnych, świadczenia tych usług również na rzecz gmin, od których Gmina Miasta Tarnowa przejęła odpowiednie obowiązki w drodze porozumień, 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 oraz podjęto szereg czynności organizacyjnych oraz faktycznych zmierzających do objęcia świadczeniem usług odbioru odpadów komunalnych z terenu miasta Tarnowa. Na czynności te składało się: nabycie pojemników na odpady odpowiadających specyfice zamówienia, rozpoczęcie procedury zakupu samochodów specjalistycznych w celu unowocześnienia posiadanego taboru oraz zatrudnienie dodatkowych pracowników operacyjnych.

Informacja podaje, że Spółka opracowała prognozę handlową na lata 2018-2020, z której wynikać ma, że przy dokonanych poczynsach od 1.05.2017 r. powierzeniu Spółce świadczenia usług odbioru odpadów komunalnych z terenu miasta Tarnowa oraz przy zamierzonym w oparciu o porozumienie międzygminne z dnia 13.11.2017 r, zawarte pomiędzy Gminą Miasta Tarnowa i Gminą Ryglice, odbiorze i zagospodarowaniu odpadów z terenu gminy Ryglice przychody z tytułu wykonywania tych działalności oraz działalności w zakresie zagospodarowania odpadów komunalnych i utrzymania ulic, które to zadania Miasto powierzyło Spółce już wcześniej, a to na podstawie umowy wykonawczej z dnia 28.06.2013 r. stanowić będą blisko 100% jej przychodów. Wskazano, iż Zamawiający zweryfikował tę prognozę i uznał, że jest wiarygodna.

Dalej Informacja zawiera wskazanie, że 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 r. i jest z nimi zgodna. Wiarygodność tej części prognozy nie budzi

42

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 MP GK Sp. z o.o.

Wskazano, że część prognozy odnosząca się do warunków gospodarowania w zakresie odbioru odpadów komunalnych z terenu gminy miasta Tarnowa bazuje na danych znanych Zamawiającemu, który od 1.05.2017 r. kontraktuje odbiór odpadów komunalnych z terenu miasta Tarnów, ilości odpadów komunalnych przyjętych do projekcji są wiarygodne a sugerowana cena netto za transport tych odpadów jest realna i gwarantuje pokrycie kosztów.

Następnie Informacja określa, że część prognozy odnosząca się do warunków gospodarowania w zakresie odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych z terenu gminy Ryglice bazuje na weryfikowanych na bieżąco przez Zamawiającego kosztach MP GK świadczenia usług zagospodarowania i odbioru odpadów komunalnych z terenu miasta Tarnowa, skorygowanych o koszty świadczenia dodatkowego odrębnego odbioru odpadów ulegających biodegradacji oraz koszty transportu wynikające ze zwiększonych odległości dowozu oraz rozproszenia zabudowy, a także warunków terenowych (teren górzysty) w stosunku do warunków odbioru odpadów z terenu miasta Tarnowa.

Informacja uzupełnia, że wyboru trybu udzielenia zamówienia z wolnej ręki dokonano przede wszystkim w celu zapewnienia mieszkańcom Gminy Ryglice wysokiej jakości usług oraz świadczenia ich po relatywnie niskich cenach. 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, co ma gwarantować relatywnie niskie opłaty oraz trwałe zapewnienie dobrej jakości świadczenia usług. O niskich kosztach usług wykonywanych przez MP GK zgodnie z Informacją świadczą wyniki przetargów organizowanych przez gminy w których MP GK zaprzestała realizacji zleceń w zakresie odbioru odpadów komunalnych – wg. Informacji wzrost cen ww. usług wynosił od 48% do 109% w stosunku do roku poprzedniego. Na dowód wysokiej jakości usług MP GK powołano okoliczność, że MP GK jako jedna z dwóch firm świadczących odpadów komunalnych w Tarnowie nie zostało obciążone karami umownymi z nienależyte wykonywanie umowy.

W Informacji podano również, że powierzenie MP GK świadczenia usług odbioru odpadów komunalnych przez Gminę miasta Tarnowa jest także konsekwencją posiadania przez MP GK wolnych mocy przerobowych w zakresie odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych.

43

Pkt VI Informacji wskazuje planowany termin realizacji zamówienia i czas trwania umowy - od dnia podpisania umowy, jednak nie wcześniej niż od dnia 1.01.2018 roku do dnia 31.12.2020 roku.

Izba zważyła, co następuje.

Odwolanie zasługuje na uwzględnienie.

1. Zarzut naruszenia art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp i art. 12 ust. 1 Dyrektywy 2014/24/UE w związku z art. 67 ust. 1 pkt 15 ustawy Pzp i art. 12 ust. 4 Dyrektywy 2014/24/UE oraz art. 58 § 1 Kodeksu cywilnego, mającego polegać na przyjęciu przez Zamawiającego, że zawarcie porozumienia z 13.11.2017 r. pomiędzy Gminą Tarnów a Gminą Ryglice wyłącznie na podstawie art. 74 ustawy o samorządzie gminnym, uprawnia Gminę Tarnów do wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie z wolnej ręki na odbiór i zagospodarowanie odpadów od właścicieli nieruchomości znajdujących się na terenie Gminy Ryglice, podczas gdy wskazane porozumienie nie spełnia dodatkowych przesłanek określonych w art. 67 ust. 1 pkt 15 oraz art. 12 ust. 4 Dyrektywy 2014/24/UE, co skutkuje tym, że postępowanie prowadzone na jego podstawie obarczone jest wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Dokonując oceny przedmiotowego zarzutu, należy odnieść się do wyroku Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej C-386/11 z dnia 13.06.2013 r., który zapadł, wbrew twierdzeniom Zamawiającego, w sprawie analogicznej do niniejszej sprawy, jak Izba uznała na podstawie nw. okoliczności.

W rzeczonyj sprawie będącej przedmiotem postępowania C-386/11, związek gmin –

Kreis Düren przekazał miastu – Stadt Düren zadanie: obowiązek utrzymywania w czystości swoich budynków wykorzystywanych na cele biurowe, lokali administracyjnych oraz szkół położonych na terenie Stadt Düren. Przekazanie ww. obowiązku nastąpiło na podstawie przepisu, który należy uznać za odpowiadający przepisowi art. 74 ustawy o samorządzie gminnym w niemieckim porządku prawnym – tj. paragrafu 23 Gesetz über die kommunale Gemeinschaftsarbeit des Landes Nordrhein-Westfalen (ustawy landu Nadrenii Północnej Westfalii w sprawie współpracy międzygminnej, zwanej dalej „GkG NRW”). Paragraf 23 GkG NRW ma następujące brzmienie:

„1) Gminy i związki gmin mogą zawierać umowy, w myśl których jedna ze stron przejmuje w zakres swoich obowiązków poszczególne zadania spoczywające na pozostałych

44

stronach albo zobowiązuje się do wykonywania takich zadań na rzecz pozostałych stron.

2) W przypadku przejęcia przez jedną ze stron w zakres swoich obowiązków zadań należących do pozostałych przechodzą na nią prawo i obowiązek wykonywania tego zadania. W przypadku zobowiązania się jednej

ze stron do wykonywania zadania na rzecz pozostałych, ich prawa i obowiązki jako podmiotów zobowiązanych z tytułu zadania pozostają niezmienione. 3) W umowie można przewidzieć odpowiednią opłatę za wykonywanie lub realizację

zadań; dotyczy to również zatrudnionego personelu.

4) W umowie należy przewidzieć odpowiednie odszkodowanie, które z reguły należy obliczać w ten sposób, że przez przejęcie albo wykonywanie zadań pokryte zostaną powstałe koszty.

5) W przypadku gdy umowa została zawarta na czas nieokreślony albo jego obowiązywania zostało określone na okres ponad 20 lat, należy określić w umowie przy spełnieniu jakich przesłanek i w jakiej formie może ona zostać wypowiedziane przez jedną ze stron”.

TSUE wskazuje, że z jednej strony GkG NRW dokonuje rozróżnienia między tzw. umowami „zlecenia”, mocą których dana jednostka zobowiązuje się wykonywać pewne zadania na rachunek innej jednostki i tzw. umowami „w sprawie delegacji” dokonującymi przekazania kompetencji, mocą których jednostka przejmuje zadanie spoczywające na innej jednostce; a z drugiej strony orzecznictwo krajowe uznaje, że tzw. umowy „zlecenia” podlegają pod prawo zamówień publicznych, jeśli mają charakter odpłatny.

Na podstawie § 23 GkG NRW Kreis Düren sporządził wraz ze Stadt Düren projekt umowy prawa publicznego (dalej Umowa), mocą którego przekazał on Stadt Düren obowiązek utrzymywania w czystości swoich budynków wykorzystywanych na cele biurowe, lokali administracyjnych oraz szkół położonych na terenie Stadt Düren, na początek na okres próbny dwóch lat.

Artykuł 1 projektu rzeczony umowy sformułowany był w następujący sposób:

„1) Kreis Düren przenosi na Stadt Düren ze skutkiem uwalniającym spoczywające na tym powiecie zadanie w zakresie utrzymania w czystości swoich budynków położonych na terenie Stadt Düren i znajdujących się w posiadaniu powiatu.

2) Zadanie utrzymania w czystości obejmuje sprząatanie i czyszczenie okien w budynkach biur, administracji oraz szkół należących do Kreis Düren.

3) Zadania opisane w ust. 1 i 2 Stadt Düren przejmuje do swojej wyłącznej kompetencji. Prawo i obowiązek do wykonania tego zadania zostają przekazane na Stadt Düren (§ 23 ust. 1 pierwsza alternatywa i § 23 ust. 2 zdanie pierwsze GkG NRW). Stadt Düren przejmuje obowiązki Kreis i jest jedynym podmiotem zobowiązanym w tym zakresie.

45

4) Stadt Düren jest uprawniony w celu wykonania zadania przekazanego mu na podstawie punktu 1 do skorzystania z podmiotów trzecich”.

Projekt ww. umowy przewidywał rekompensatę finansową, zgodnie z § 23 ust. 4 GkG NRW. Z postanowienia odsyłającego wynika także, że rzeczony zadanie utrzymania w czystości były wykonane przez Dürener Reiningsgesellschaft mbH, spółkę należącą do Stadt Düren.

Tak samo zatem, jak w sprawie rozpoznawanej w niniejszym postępowaniu Gminie Tarnów powierzono zadanie Gminy Ryglice, Stadt Düren przejmowało obowiązki Kreis Düren i było jedynym zobowiązanym w zakresie przejętych obowiązków. Zastosowana konstrukcja przejęcia zadania i obowiązków, oparta o § 23 ust. 2 GkG NRW, jest analogiczna do tej z Porozumienia, mającej podstawę w art. 74 ust. 2 usg. W ocenie Izby, ww. tzw. umowy w sprawie delegacji są odpowiednikami porozumień międzykomunalnych, zawieranych na podstawie art. 74 usg.

Przewidziany w umowie pomiędzy Stadt Düren a Kreis Düren obowiązek rekompensaty za wykonywanie zadania należy zrównać z wynikającym z § 3.1 Porozumienia zawartego pomiędzy Gminą Tarnów i Ryglice obowiązkiem pokrywania kosztów wykonania zadania przekazanego.

Umowa pomiędzy Stadt Düren a Kreis Düren w art. 1 pkt 4 zawierała uprawnienie do skorzystania z podmiotów trzecich dla realizacji zadania. Porozumienie z kolei w § 4.1 określa, że Gmina Miasta Tarnowa dokona zamówienia publicznego na realizację powierzonego zadania zgodnie z przepisami ustawy. Zatem Porozumienie, tak jak Umowa, daje możliwość skorzystania z podmiotów trzecich.

Zgodnie z Wyrokiem, rzeczony projekt zastrzega na rzecz Kreis Düren prawo jednostronnego zakończenia umowy w przypadku nieodpowiedniego wykonania ze strony Stadt Düren. Porozumienie z kolei zawiera możliwość rozwiązania przez którąkolwiek ze stron, bez wskazania przyczyn, ponadto § 2 ust. 5 nakłada na Gminę Miasta Tarnowa obowiązek zapewnienia przedkładania Burmistrzowi Ryglic wymaganych przepisami prawa sprawozdań.

Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej ocenił, że Umowę należy uznać za umowę „o charakterze odpłatnym” w rozumieniu art. 1 ust. 2 lit. a) dyrektywy 2004/18, nawet jeżeli przewidziane wynagrodzenie jest ograniczone do zwrotu kosztów powstałych przy okazji dostarczania umówionej usługi (zob. podobnie ww. wyrok w sprawie Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce i in., pkt 29) – akapit 31 Wyroku.

Wobec powyższego, również Porozumienie należy uznać za „umowę o charakterze odpłatnym”, wbrew twierdzeniom Zamawiającego w tym zakresie.

Na podstawie okoliczności, iż Kreis Düren może jednostronnie rozwiązać umowę w przypadku niewłaściwego jej wykonania ze strony Stadt Düren, Trybunał uznał, że Kreis

46

Düren zastrzega prawo kontroli wykonania umowy. Zgodnie z Porozumieniem, każda ze stron może rozwiązać porozumienie w każdym czasie – zatem należy przyjąć, że Gmina Ryglice ma w tym zakresie uprawnienia nawet szersze niż przyznane Kreis Düren w Umowie.

Aktualność w niniejszej sprawie zachowują także ustalenia Trybunału, poczynione na gruncie Dyrektywy 2004/18, dotyczące zakwalifikowania jako zamówienia publicznego Umowy pomiędzy Stadt Düren a Kreis Düren – Trybunał uznał, że odpłatna umowa zawarta na piśmie między wykonawcą i instytucją zamawiającą, której przedmiotem jest świadczenie usług wymienionych w załączniku II A do tej dyrektywy, stanowi zamówienie publiczne.

Nie budzi

zaś wątpliwości, że świadczenie usługi odbioru odpadów komunalnych jest świadczeniem usług w rozumieniu art. 2 ust. 1 pkt 9 Dyrektywy 2014/24/UE, a co za tym idzie – nabycie takich usług jest zamówieniem zgodnie z art. 1 ust. 2 Dyrektywy.

Mając na uwadze powyższe, Izba uznała, że Porozumienie pomiędzy Gminą Miasta Tarnowa a Gminą Ryglice zawiera wszelkie cechy, które zawierała rzeczona Umowa. Izba stwierdziła, że ocenę Umowy dokonaną przez TSUE w wyroku C-386/11 należy w pełni odnieść do Porozumienia.

Trybunał uznał, że Umowa nie zalicza się do dwóch rodzajów zamówień, które choć zawierane są przez podmioty publiczne, to nie są objęte zakresem zastosowania prawa Unii w dziedzinie zamówień publicznych (akapit 33). Trybunał wskazuje, iż zamówieniami takimi są:

- a) zamówienia udzielane przez podmiot publiczny na rzecz odrębnej od niego osoby prawnej, gdy jednocześnie podmiot ten sprawuje nad tą osobą prawną kontrolę analogiczną do kontroli sprawowanej nad jego własnymi służbami, zaś osoba ta wykonuje zasadniczą część swej działalności wraz z podmiotem lub podmiotami, które są jej udziałowcami (akapit 34),

b) umowy, które ustanawiają współpracę między podmiotami publicznymi, mające za przedmiot zapewnienie wykonania przez nie wspólnej misji publicznej (akapit 36). Mając na uwadze zmianę stanu prawnego, należy zaznaczyć, że ww. przesłanki wyłączenia zamówień in-house obecnie są wprost wyrażone w Dyrektywie 2014/24/UE, odpowiednio w art. 12 ust. 1 i 4. Ustawa Pzp przesłanki te zawarła w art. 67 ust. 1 pkt 12 i 15. Rozważania Trybunału w tym zakresie pozostają zatem w pełni aktualne i znajdują oparcie w prawie stanowionym.

Dalej Trybunał wskazuje, że Umowa uprawnia do skorzystania z podmiotów trzecich w celu wykonania zadań przez tę umowę przewidzianych, w ten sposób, że owe podmioty trzecie mogłyby uzyskać przewagę konkurencyjną w stosunku do innych przedsiębiorstw działających na tym samym rynku (akapit 40 Wyroku).

47

Na podstawie wskazanych rozważań Trybunał doszedł do przekonania, że Umowa, na mocy której - bez ustanawiania współpracy mającej na celu realizację wspólnej misji publicznej między umawiającymi się jednostkami publicznymi – jednostka publiczna powierza innej jednostce publicznej zadanie utrzymania w czystości określonych budynków wykorzystywanych na cele biurowe, pomieszczeń administracyjnych oraz szkół, zastrzegając sobie prawo kontroli odpowiedniego wykonania tego zadania, w zamian za rekompensatę finansową mającą odpowiadać kosztom poniesionym przy realizacji tego zadania, przy czym ta druga jednostka jest ponadto uprawniona do skorzystania z podmiotów trzecich, które w danym przypadku są zdolne do działania na rynku w celu realizacji tego zadania, stanowi zamówienie publiczne na usługi w rozumieniu art. 1 ust. 2 lit. d) Dyrektywy 2004/18.

W ocenie Izby ww. ustalenie Trybunału w pełni znajduje zastosowanie do Porozumienia zawartego w niniejszej sprawie. Tak jak w sprawie rozpoznawanej przez Trybunał, Porozumienie nie może być zakwalifikowane jako jedno z zamówień nieobjętych zakresem stosowania Dyrektywy 2014/24/UE – tj. wymienionych w jej art. 12 ust. 1 bądź 4. Nie stanowi również zamówienia, którego można udzielić w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 12 lub 15 ustawy Pzp. Na jego podstawie następuje przekazanie zadania odbioru odpadów komunalnych pomiędzy jednostkami publicznymi, następuje to za rekompensatą, a strona powierzająca posiada uprawnienia umożliwiające rozwiązanie Porozumienia – w tym w wypadku niewłaściwej realizacji zadania.

W niniejszej sprawie najważniejszym dla oceny działania Zamawiającego jest jednak uprawnienie do skorzystania celem realizacji zadania przez jednostkę zobowiązaną – Gminę Miasta Tarnowa – z podmiotów trzecich, które zdolne są do działania na rynku, które to uprawnienie posiadało również Stadt Düren. Bezsprzeczne było, iż MPGK jest zdolna do działania na rynku, bowiem jak wskazywał Zamawiający i Przystępujący – spółka ta była aktywnym uczestnikiem rynku.

Na analogiczny element ww. wyroku TSUE zwraca uwagę autorka komentarza do Dyrektywy 2014/24/UE, która odnosząc się do uznania przez Trybunał badanej Umowy jako zamówienia publicznego, wskazuje, że „*Taka interpretacja jest tym bardziej przekonująca, że umowa uprawniała instytucję zamawiającą do skorzystania z pomocy podmiotów trzecich, ewentualnie posiadających zdolność funkcjonowania na rynku, co prowadziłoby do uzyskania przez nich przewagi konkurencyjnej nad innymi przedsiębiorstwami działającymi na tym samym rynku*”. (Sołtysińska Aleksandra, Talago-Sławoj Hanna, Komentarz do dyrektywy 2014/24/UE w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE, [w:] *Europejskie prawo zamówień publicznych. Komentarz*, wyd. III).

Dokonując oceny działania Zamawiającego należy zauważyć również, że w motywie 31 preambuły do Dyrektywy 2014/24/UE, odnoszącym się do zamówień in-house, w akapicie

48

trzecim wskazano, że „*Należy zagwarantować, że żadna współpraca publiczno-publiczna podlegająca wyłączeniu nie skutkuje zakłóceniem konkurencji w odniesieniu do prywatnych wykonawców, w zakresie, w jakim współpraca taka stawia prywatnego usługodawcę w sytuacji przewagi nad jego konkurentami*”. MPGK stanowi co prawda jednoosobową spółkę Gminy Miasta Tarnowa, może jednak działać na rynku, zatem powyższy motyw odnoszący się do prywatnego usługodawcy należy odnieść również do rzeczowej spółki. Nie budzi zaś

wątpliwości, iż Porozumienie, na podstawie którego Gmina Miasta Tarnowa powierza w trybie z wolnej ręki MPGK usługę odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych na terenie Gminy Ryglice stawia tę spółkę w sytuacji przewagi nad konkurentami. Takie powierzenie usługi w zasadzie eliminuje konkurencję na tym rynku – odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych na terenie Gminy Ryglice.

Nie można zgodzić się z twierdzeniem Zamawiającego oraz Przystępującego MPGK, iż powierzenie spółce MPGK realizacji przedmiotowego zadania następuje nie w drodze Porozumienia, a jedynie art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp. Taka kwalifikacja prawna przedmiotowej czynności Zamawiającego nie jest pełna, bowiem pomija etap i podstawę powierzenia realizacji zadania Gminie Miasta Tarnowa. Pomija tym samym Porozumienie, które – jak wykazano powyżej – interpretowane zgodnie z wytycznymi zawartymi w wyroku TSUE C-386/11 stanowi zamówienie publiczne, wobec czego winno być objęte zakresem dyrektywy (w obecnym stanie prawnym – Dyrektywy 2014/24/UE). Przyjęta przez Zamawiającego wykładnia prowadziłaby do ominięcia wymogu udzielania zamówień publicznych z zachowaniem zasady konkurencyjności, który to wymóg nie znajduje zastosowania jedynie w sytuacjach określonych w art. 12 Dyrektywy 2014/24/UE. Należy przy tym zauważyć, że zarówno art. 12 Dyrektywy, jak i art. 67 ustawy Pzp przewiduje możliwości udzielania zamówienia in-house przez więcej niż jeden podmiot publiczny. Art. 12 ust 3 Dyrektywy i analogicznie art. 67 ust. 1 pkt 14 ustawy Pzp stanowią o zamówieniu in-house udzielanym przez więcej niż jednego zamawiającego. Z kolei art. 12 ust. 3 Dyrektywy i art. 67 ust. 1 pkt 15 ustawy Pzp określają przesłanki tzw. zamówienia in-house wertykalnego, w wyniku którego dwóch lub więcej zamawiających ustanawia lub wdraża współpracę. Zmianym jest, że wszystkie z powołanych przepisów umożliwiają udzielenia zamówienia in-house pod warunkiem spełnienia przesłanek, które uwzględniają wielość zamawiających, jak np. ta, że podmiot któremu zamówienie jest udzielane, musi być kontrolowany przez Zamawiających wspólnie czy wspólne muszą być cele współpracy Zamawiających. Ustawodawca unijny oraz krajowy uwzględnił zatem możliwość powierzenia zamówień in-house przez wielu zamawiających, obwarował to jednak zastrzeżeniami odnoszącymi się do istoty tych zamówień, tj. wykonywania ich przy użyciu własnych zasobów – w tym współpracy z innymi organami publicznymi. Odnosząc to do niniejszej sprawy, należy zważyć, że MPGK stanowi jednoosobową spółkę Gminy Miasta Tarnowa, jedynie ta gmina

49

posiada nad nią kontrolę i na rzecz tej Gminy spółka – w opinii Zamawiającego - wykonuje wymagany wolumen działalności. MPGK nie jest w żaden sposób powiązana z Gminą Ryglice, nie mogły mieć zatem zastosowania ww. instytucje „wspólnych” zamówień in-house. Zamawiający – Gmina Miasta Tarnowa, by ominąć konieczność spełnienia przesłanek określonych dla zamówień in-house udzielanych przez wielu zamawiających, przejął zadanie od Gminy Ryglice w drodze Porozumienia i postanowił o udzieleniu go trybie z wolnej ręki spółce MPGK – co należy ocenić jako niedopuszczalne w świetle wyżej powołanych przepisów.

Należy zaznaczyć, że na ocenę zgodności działania Zamawiającego z ustawą Pzp, nie wpływa okoliczność, że Porozumienie w § 4 ust. 1 przewidywało, że Zamawiający dokona zamówienia publicznego na realizację powierzonego zadania zgodnie z przepisami ustawy Pzp. Po pierwsze, w ocenie Izby Zamawiający udzielił zamówienia publicznego niezgodnie z przepisami ustawy Pzp (jak już wskazano powyżej). Po drugie, zgodnie z art. 191 ust. 2 ustawy Pzp, wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania. W toku postępowania zaś ustalono, że Zamawiający postanowił o powierzeniu realizacji rzeczzonego zadania w trybie niekonkurencyjnym własnej spółce – MPGK, co wskazuje na brak jakiegokolwiek realnego znaczenia § 4 ust. 1 Porozumienia dla zachowania konkurencyjności. Po trzecie zaś, w ww. sprawie rozpoznawanej przez Trybunał, Stadt Düren - jak każdy podmiot publiczny - również był formalnie zobowiązany do wyboru „podmiotu trzeciego” w zgodzie z powszechnie obowiązującymi przepisami prawa. Zapis § 4 ust. 1 Porozumienia w żaden sposób nie wpływa więc na możliwość odniesienia wyroku TSUE do niniejszej sprawy.

Podsumowując, Zamawiający Gmina Miasta Tarnowa nie był uprawniony do udzielenia przedmiotowego zamówienia w trybie z wolnej ręki w oparciu o art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp z powodu niespełnienia przesłanek wskazanych w ww. przepisie interpretowanych zgodnie z wytycznymi zawartymi w cytowanym powyżej wyroku TSUE.

Izba jednocześnie podkreśla, że badanie skuteczności bądź legalności Porozumienia

zawartego na podstawie art. 74 ustawy o samorządzie gminnym nie stanowiło przedmiotu niniejszego postępowania. Przedmiotem rozważań i oceny Izby jest udzielenie z wolnej ręki zamówienia na odbiór odpadów komunalnych na terenie Gminy Ryglice na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp. Dla oceny prawidłowości udzielenia ww. zamówienia koniecznym jest zbadanie całokształtu okoliczności, które doprowadziły do udzielenia ww. zamówienia spółce MP GK, w tym przekazania zadania będącego przedmiotem zamówienia w drodze Porozumienia. Izba nie podważa skuteczności powierzenia przedmiotowego zadania Gminie Miasta Tarnowa. Jednakże, mając na uwadze ww. wyrok TSUE, należało uznać, że Zamawiający bezpodstawnie przyjął, iż na podstawie samego Porozumienia i art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp był uprawniony do udzielenia zamówienia z wolnej ręki. Działalnie

50

Zamawiającego stanowiło obejście wymogów art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, i jako takie było sprzeczne z ustawą Pzp.

Mając powyższe na uwadze Izba uznała rozpoznawany zarzut za zasadny.

2. Zarzut naruszenia art. 67 ust. 1 pkt 12 w związku z art. 7 ust. 1 ustawy 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 oraz art. 6 ust. 1 tej ustawy, mający polegać na wszczęciu Postępowania w trybie niekonkurencyjnym i zachowaniu Zamawiającego sprzecznym z zasadami konkurencji stanowiącym nadużycie pozycji dominującej na rynku właściwym poprzez przeciwdziałanie ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji.

Izba uznała, iż przedmiotowy zarzut jest zasadny. W ocenie Izby, wobec stwierdzenia zasadności zarzutu 1 – w tym oceny działania Zamawiającego jako bezprawnego, należy przyjąć, iż postępowanie Zamawiającego w niniejszej sprawie bezsprzecznie stanowiło naruszenie określonej w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Wyeliminowanie konkurencji poprzez bezpodstawne udzielenie zamówienia w trybie z wolnej ręki stanowi jeden z najbardziej jaskrawych przykładów naruszenia zasad, jakimi powinien kierować się Zamawiający zgodnie z art. 7 ustawy Pzp. Co więcej, art. 18 ust. 1 zdanie 2 i 3 Dyrektywy 2014/24/UE wprost stanowi, że *„Zamówień nie organizuje się w sposób mający na celu wyłączenie zamówienia z zakresu zastosowania niniejszej dyrektywy lub sztuczne zawężanie konkurencji. Uznaje się, że konkurencja została sztucznie zawężona, gdy zamówienie zostaje zorganizowane z zamiarem nieuzasadnionego działania na korzyść lub niekorzyść niektórych wykonawców”*. Działanie Zamawiającego w niniejszej sprawie wprost miało na celu wyłączenie zamówienia z zakresu stosowania dyrektywy i sztuczne zawężenie konkurencji z zamiarem działania na korzyść wykonawcy MP GK.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia pozycji dominującej, wskazać należy, że zgodnie z art. 9 ust. 2 pkt 5 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, nadużywanie pozycji dominującej polega w szczególności na przeciwdziałaniu ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji.

Okolicznością bezsporną jest, że Zamawiający stanowi przedsiębiorcę w rozumieniu art. 4 pkt 1 ustawy OKiK. Działanie Zamawiającego, wyłączające możliwość uzyskania zamówienia na realizację zadania odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych na terenie Gminy Ryglice przez innych wykonawców niż MP GK z całą pewnością przeciwdziała ukształtowaniu warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji, wyłącza bowiem wszelką konkurencję w tym zakresie na obszarze Gminy Ryglice. Dodać należy, iż inaczej niż

51

w sprawie KIO 96/17, w niniejszej sprawie Izba uznała, że powierzenie zamówienia w trybie z wolnej ręki było nieuprawnione, zatem nie można uznać, że nie może dojść do nadużycia pozycji dominującej przez Zamawiającego, który realizuje ustawowe uprawnienia. W niniejszej sprawie Zamawiający postępował bezprawnie, zaś działanie to – działanie podmiotu organizującego rynek właściwy (odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych na terenie Gminy Ryglice) – prowadziło do uniemożliwienia powstania bądź rozwoju konkurencji na tym rynku.

W ocenie Izby przedmiotowy zarzut znalazł potwierdzenie w niniejszej sprawie, wobec czego podlegał uwzględnieniu.

Izba pozostawiła bez rozpoznania zarzuty 2 – 6 odwołania wobec wskazania ich jako zarzutów ewentualnych do zarzutu 1, który Izba uwzględniła.

Izba postanowiła o oddaleniu wniosku o skierowanie do Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej pytań prejudycjalnych na podstawie art. 267 TFUE, wobec uznania, że dla wydania wyroku w niniejszej sprawie nie jest niezbędnym uzyskaniem odpowiedzi na wskazane przez Odwołującego pytania.

Izba w toku rozprawy w dniu 20.12.2017 r. oddaliła wniosek o powołanie biegłego z dziedziny ekonomii złożony przez Odwołującego, jako powołany jedynie dla zwłoki.

Biorąc pod uwagę powyższy stan rzeczy ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak w sentencji, na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp.

52

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 2, § 3 i § 5 ust. 4 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.).

Przewodniczący:

.....

.....

53