

Sygn. akt: KIO/KD 45/20

UCHWAŁA
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ

z dnia 19 sierpnia 2020 r.

po rozpatrzeniu zastrzeżeń z dnia 24 lipca 2020 roku zgłoszonych do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez Zamawiającego Gmina Cewice dotyczących informacji o wyniku kontroli doraźnej z 14 lipca 2020 roku nr DKZP.WKZ3.442.8.2020.JB KND/28/20/DKZP w przedmiocie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na zagospodarowanie odpadów komunalnych odebranych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych z terenu Gminy Cewice

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący: Aneta Mlącka
Członkowie: Justyna Tomkowska
Katarzyna Odrzywolska

wyraża następującą opinię:

zastrzeżenia Zamawiającego Gmina Cewice zgłoszone 24 lipca 2020 roku do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych dotyczące informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 14 lipca 2020 roku nr DKZP.WKZ3.442.8.2020.JB KND/28/20/DKZP

nie zasługują na uwzględnienie.

UZASADNIENIE

Zamawiający Gmina Cewice przeprowadził postępowanie w trybie zamówienia z wolnej ręki, na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 14 ustawy Prawo zamówień publicznych. Przedmiotem zamówienia jest zagospodarowanie odpadów komunalnych odebranych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych z terenu Gminy Cewice.

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych przeprowadził kontrolę doraźną ww. postępowania w zakresie legalności wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki.

Po przeprowadzeniu kontroli doraźnej Prezes Urzędu Zamówień Publicznych stwierdził naruszenie przez Zamawiającego przepisów art. 67 ust. 1 pkt 14 w związku z art. 7 ust. 1 oraz art. 10 ustawy Pzp poprzez zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki bez zaistnienia ustawowych przesłanek, czym Zamawiający naruszył zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz zasadę prymatu trybów przetargowych.

W toku postępowania wyjaśniającego ustalono, iż w dniu 29 czerwca 2018 r. Zamawiający zawarł umowę nr 15/ZP/2018 z wykonawcą Zakład Zagospodarowania Odpadów „Czysta Błękitna Kraina” sp. z o.o. w Czarnówku w przedmiocie zagospodarowania odpadów komunalnych odebranych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych z terenu Gminy Cewice po przeprowadzeniu postępowania w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 14 ustawy Pzp.

Jako uzasadnienie zastosowania danej podstawy prawnej trybu udzielenia zamówienia Zamawiający wskazał w protokole postępowania, że:

Zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki, jeżeli zamówienie udzielane jest przez zamawiającego, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1-3a, osobie prawnej, jeżeli spełnione są łącznie następujące warunki:

- a) zamawiający wspólnie z innymi zamawiającymi, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1-4, sprawuje nad daną osobą prawną kontrolę, która odpowiada kontroli sprawowanej przez nich nad własnymi jednostkami, przy czym wspólne sprawowanie kontroli ma miejsce, jeżeli spełnione są łącznie następujące warunki:
 - w skład organów decyzyjnych kontrolowanej osoby prawnej wchodzi przedstawiciele wszystkich uczestniczących zamawiających, z zastrzeżeniem, że poszczególny przedstawiciel może reprezentować więcej niż jednego zamawiającego,
 - uczestniczący zamawiający mogą wspólnie wywierać dominujący wpływ na cele strategiczne oraz istotne decyzje kontrolowanej osoby prawnej,
 - kontrolowana osoba prawna nie działa w interesie sprzecznym z interesami zamawiających sprawujących nad nią kontrolę,

- b) ponad 90% działalności kontrolowanej osoby prawnej dotyczy wykonywania zadań powierzonych jej przez zamawiających sprawujących nad nią kontrolę lub przez inne osoby prawne kontrolowane przez tych zamawiających,
- c) w kontrolowanej osobie prawnej nie ma bezpośredniego udziału kapitału prywatnego.

Dalej Prezes Urzędu ustalił i wskazał na następujące okoliczności:

Zgodnie z art. 3 ust. 2 pkt 2 lit. a) ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz. U. z 2016 r. poz. 250 z późna zm.) oraz z Planem Gospodarki Odpadami dla Województwa Pomorskiego 2022, na gminie ciąży obowiązek zapewnienia budowy, utrzymania i eksploatacji własnych lub wspólnych z innymi gminami regionalnych instalacji do przetwarzania odpadów komunalnych.

Przedmiotem działania spółki jest w przeważającej części działalność związana ze zbieraniem, przetwarzaniem i unieszkodliwianiem odpadów oraz odzysk surowców. Spółkę w 100% tworzą podmioty zobowiązane do stosowania ustawy Prawo zamówień publicznych, określone w art. 3 ust, 1 pkt 1 ustawy Pzp (t. j. Dz.U. z 2017 r. poz. 1579 ze zm.).

W spółce powyższej nie ma bezpośredniego udziału kapitału prywatnego. W skład organów decyzyjnych spółki wchodzi przedstawiciele wszystkich gmin udziałowców, którzy w 100% sprawują kontrolę nad działalnością spółki oraz wspólnie wywierają dominujący wpływ na cele strategiczne oraz istotne decyzje spółki. Jednocześnie spółka pod nazwą Zakład Zagospodarowania Odpadów „Czysta Błękitna Kraina” sp. z o.o. realizując zadania w zakresie zbierania, przetwarzania i unieszkodliwiania odpadów, odzysku surowców oraz rekultywacji i działalności usługowej związanej z gospodarką odpadami nie działa w interesie sprzecznym z interesami udziałowców. Analiza średniego przychodu w zakresie usług, do wykonywania których została ona powołana, osiągniętego przez spółkę pn. Zakład Zagospodarowania Odpadów „Czysta Błękitna Kraina” sp. z o.o. za ostatnie 3 lata poprzedzające udzielenie zamówienia wykazała, że średnio ponad 90% działalności spółki stanowią usługi świadczone na rzecz założycieli, w tym Gminy Cewice, w zakresie zbierania, przetwarzania, unieszkodliwiania odpadów.

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych na podstawie uzyskanych w toku postępowania wyjaśniającego informacji przekazanych przez Zamawiającego jak i wykonawcę CBK oraz uzyskanych w toku postępowania wyjaśniającego ustalił, iż dla obliczenia średniego przychodu wykonawcy CBK w odniesieniu do usług, dostaw lub robót budowlanych za 3 lata poprzedzające udzielenie zamówienia, tj. w latach 2015-2017, wzięto pod uwagę przychody pochodzące ze sprzedaży dotyczącej zagospodarowania odpadów oraz sprzedaży surowców z odzysku (surowców wtórnych).

Prezes uznał, że analiza wyjaśnień i dokumentów daje podstawę do uznania, iż sprzedaż surowców z odzysku nie może być traktowana jako przychód wykonawcy CBK w rozumieniu art. 67 ust. 1 pkt 14 lit. b) w związku z art. 67 ust. 8 ustawy Pzp, tj. jako przychód generowany w ramach wykonywania zadań powierzonych wykonawcy CBK przez zamawiających sprawujących nad nim kontrolę w warunkach przedmiotowej sprawy. Jak wskazano w zamieszczonej na stronie internetowej Urzędu Zamówień Publicznych opinii pt. „Współpraca publiczno-publiczna w rozumieniu ustawy Prawo zamówień publicznych”: przychód taki powinien uwzględniać całą działalność prowadzoną przez podmiot, z czego ponad 90% musi być generowane w ramach zadań powierzonych mu przez kontrolującą instytucję zamawiającą lub przez inne osoby prawne kontrolowane przez tę instytucję zamawiającą. Pojęcie „zadanie powierzone” dotyczy wszystkich grup zamawiających nie można go więc utożsamiać z pojęciem „zadania własnego” gminy. Poprzez „zadania powierzone” należy bez wątpienia rozumieć zadania zlecone w różnej formie przez instytucję zamawiającą podległej osobie prawnej. Bez znaczenia pozostaje przy tym źródło przychodu; zlecający zadanie nie musi być jednocześnie płatnikiem za daną usługę. Niezbędne jest jednak, aby płatności odzwierciedlone w strukturze przychodów osoby prawnej były ściśle związane z konkretnym poleceniem podmiotu zamawiającego wykonania zadania powierzonego. Do progu 90% działalności nie należy zatem zaliczać zadań pochodnych (pożytków) w formie dostaw, usług i robót budowlanych, z których spółka czerpie dodatkowy przychód. Nie ma przy tym znaczenia czy ten dodatkowy przychód jest związany z jej podstawową działalnością, czy też nie. Jeśli działania podejmowane przez spółkę (i przychody przez nią uzyskiwane) dotyczą sfery objętej zadaniami powierzonymi, ale pozostają neutralne dla tych zadań (np. spółka gminna gospodaruje wysypiskiem śmieci i obok opłat za odbiór gminnych odpadów dodatkowo przyjmuje odpady od podmiotów trzecich za wynagrodzeniem) to taka działalność dodatkowa nie wchodzi w zakres wymaganych 90% działalności.

W kontekście powyższego zdaniem Prezesa Urzędu należy przyjąć, iż przychód uzyskiwany ze sprzedaży surowców z odzysku nie stanowi przychodu uzyskanego przez wykonawcę CBK w ramach zadań powierzonych przez kontrolujące instytucje zamawiające, zgodnie z regulacją art. 67 ust. 1 pkt 14 lit. b) oraz art. 67 ust. 8 ustawy Pzp, nie można bowiem stwierdzić, aby sprzedaż ta była realizowana na podstawie konkretnego polecenia podmiotu zamawiającego w ramach wykonywania zadania powierzonego. Sprzedaż tego rodzaju stanowić może najwyżej zadanie pochodne, z którego wykonawca uzyskuje dodatkowy przychód. Powyższe potwierdza m.in. fakt wyraźnego rozgraniczenia w strukturze określonej w Sprawozdaniach Zarządu z lat 2015-2017 przychodów pochodzących ze sprzedaży dotyczącej zagospodarowania odpadów oraz sprzedaży surowców z odzysku, jak również

brak szczegółowych postanowień regulujących kwestie sprzedaży surowców z odzysku w umowie w sprawie zamówienia publicznego w przedmiocie zagospodarowania odpadów.

Jednocześnie Prezes Urzędu stwierdził, że: „w kontekście brzmienia art. 67 ust. 1 pkt 14 lit. b) ustawy Pzp brak jest podstaw do wyłączenia działalności związanej ze sprzedażą energii oraz sprzedażą pozostałych usług z ogółu działalności wykonawcy CBK, w stosunku do której należy obliczyć wymagany odsetek działalności dotyczącej wykonywania zadań powierzonych przez zamawiających sprawujących nad wykonawcą CBK kontrolę. Analogicznie, ze względu na fakt konieczności ujęcia jako podstawy obliczenia przychodu wykonawcy całości działalności tego podmiotu, zasadnym jest uznanie, iż dotyczy to także przychodów finansowych oraz pozostałych przychodów operacyjnych. Tym samym działalność nie dotycząca wykonywania zadań powierzonych wykonawcy CBK przez zamawiających sprawujących nad wykonawcą kontrolę stanowi w ujęciu przychodowym w okresie lat 2015-2017 co najmniej ok. 14,88% całej działalności wykonawcy CBK nawet w najszerszym ujęciu tejże działalności (tj. z uwzględnieniem przychodów finansowych oraz pozostałych przychodów operacyjnych), co implikuje konieczność stwierdzenia niewykazania przez Zamawiającego spełnienia przesłanki udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki, o której mowa w art. 67 ust. 1 pkt 14 lit. b) ustawy Pzp.”

Prezes Urzędu podkreślił, że niezależnie od przyjętego sposobu obliczenia przychodów wykonawcy CBK, tj. nawet w przypadku uwzględnienia jedynie przychodów pochodzących ze sprzedaży dotyczącej zagospodarowania odpadów oraz sprzedaży surowców z odzysku jako całości przychodów wykonawcy branych pod uwagę jako podstawę ustalenia zakresu jego działalności zgodnie z art. 67 ust. 1 pkt 14 lit. b) w związku z art. 67 ust. 8 ustawy Pzp, powyższe nie ma wpływu na dokonane ustalenia co do niespełnienia przez Zamawiającego przesłanki zastosowania trybu z wolnej ręki określonej w art. 67 ust. 1 pkt 14 lit. b) ustawy Pzp ze względu na fakt, iż co najmniej jedna pozycja przychodowa (sprzedaż surowców z odzysku) potwierdza niespełnienie tej przesłanki w każdym możliwym wariantcie obliczeń.

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych powołał się na uchwałę Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 czerwca 2020 r. (sygn. akt KIO/KD 28/20) wydaną na kanwie sprawy o zbliżonym stanie faktycznym, w której Krajowa Izba Odwoławcza uznała, iż zamawiający — Gmina Nowa Wieś Lęborska nie wykazał wypełnienia się warunków zastosowania art. 67 ust. 1 pkt 14 ustawy Pzp, a w konsekwencji — że zastrzeżenia zamawiającego do informacji o wyniku kontroli nie zasługują na uwzględnienie.

W konsekwencji Prezes Urzędu Zamówień Publicznych stwierdził, że Zamawiający nie wykazał spełnienia przesłanek zastosowania trybu udzielenia zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 14 ustawy Pzp. Zamawiający poprzez nieuprawnione odstępianie od stosowania trybów podstawowych naruszył tym samym art. 10 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Powyższe naruszenie miało wpływ na wynik postępowania, bowiem wykonawca CBK, któremu udzielono zamówienia, był jedynym wykonawcą, z którym prowadzono negocjacje w toku postępowania o udzielenie zamówienia w trybie z wolnej ręki.

Zamawiający wniósł zastrzeżenia od wyniku kontroli i o ich uwzględnienie w całości.

Zamawiający wskazał w pierwszej kolejności, iż Prezes Urzędu Zamówień Publicznych w Informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 14 lipca 2020 r. w zakresie weryfikacji spełnienia przesłanki, o której mowa w art. 67 ust. 1 pkt 14 lit. b) ustawy Pzp, błędnie oparł się na przychodach uzyskanych od zamawiających sprawujących kontrolę, podczas gdy należy mieć na uwadze przychody osiągnięte z zadań powierzonych w różny sposób przez zamawiających sprawujących nad spółką kontrolę, przy czym nie ma znaczenia źródło tych przychodów. Zamawiający podkreślił, iż dane zlecenie nie musi zostać wprost wyartykułowane w umowie o zamówienie publiczne, wskazując, iż z treści umowy spółki CBK wynika, że przedmiotem działalności spółki jest działalność związana ze zbieraniem, przetwarzaniem i unieszkodliwianiem odpadów, odzysk surowców, a także działalność związana z rekultywacją i pozostała działalność usługowa związana z gospodarką odpadami, dystrybucja energii elektrycznej, handel energią elektryczną, czego dopuszczalność w opinii Zamawiającego potwierdzona jest w doktrynie prawa zamówień publicznych.

Zamawiający zaznaczył, że w jego ocenie postanowienia umowy z wykonawcą są wskazaniem bezpośrednim, bowiem w treści umowy nr 15/ZP/2018 z dnia 29 czerwca 2018 r. znajduje się wyraźny zapis o konieczności osiągnięcia odpowiednich poziomów recyklingu, o których mowa w rozporządzeniu Ministra Środowiska z dnia 14 grudnia 2016 r., a papier, tworzywa sztuczne, metale i szkło to właśnie surowce wtórne. Zamawiający zauważył, iż zgodnie z 53 ust. 2 ww. umowy Zamawiający powierza Wykonawcy zagospodarowanie odpadów komunalnych zmieszanych oraz selektywnie zebranych w celu wykonania nałożonych na Zamawiającego obowiązków. Art. 56 ust. 2 i 3 ww. umowy stanowi zaś, że Wykonawca odpowiada za zagospodarowanie odpadów komunalnych, a w szczególności ich sortowanie, kompostowania i stabilizację biologiczną w sposób pozwalający na maksymalne odzyskiwanie odpadów papieru, szkła, tworzyw sztucznych i metali; Wykonawca zobowiązuje się w odniesieniu do odpadów komunalnych zmieszanych oraz selektywnie zebranych dostarczonych z terenu Gminy Cewice, do uzyskania poziomów recyklingu, przygotowania do ponownego użycia frakcji odpadów komunalnych: papieru, metali, tworzyw

sztucznych i szkła (łącznie) w ilościach wymaganych załącznikiem do rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 14 grudnia 2016 r.

Zdaniem Zamawiającego, powyższe świadczy o zleceniu wykonawcy CBK zagospodarowania odpadów zmieszanych i selektywnie zebranych oraz odzysku odpadów. Zamawiający przedstawił argument, iż gdyby sprzedaż surowców wtórnych nie była zadaniem powierzonym przez wspólników i realizowanym na ich rzecz, to należy domniemać, iż stawki za poszczególne frakcje odpadów byłyby wyższe niż w zawartej umowie, a ewentualna negocjacja oznaczałaby, że papier, metale, tworzywa sztuczne i szkło nie są surowcami wtórnymi, co zdaniem Zamawiającego jest błędne.

Ponadto Zamawiający zwrócił uwagę na kwestie związane z celem systemu gospodarowania odpadami, odwołując się m.in. do treści art. 3 ust. 1 pkt 2, pkt 3, pkt 14, pkt 19, pkt 20, pkt 23 i pkt 27 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (t. j. Dz.U. z 2020 r. poz. 797 z późn. zm.) wskazując, iż brak jest podstaw do przyjęcia, że sprzedaż odpadów nie może być uznana za element procesu odzysku odpadów oraz gospodarowania odpadami oraz twierdząc, iż nie jest możliwe oddzielenie sprzedaży surowców od gospodarowania odpadami.

Zdaniem Zamawiającego, w oparciu o treść art. 3 ust. 1 pkt 15 ustawy o odpadach, odzysk energii również zalicza się do gospodarowania odpadami, a przez fakt objęcia tego elementu postanowieniami umowy spółki, zostało powierzone wykonawcy CBK.

W opinii Zamawiającego wydzielenie sprzedaży surowców wtórnych jako zadanie niepowierzone przez wspólników i zadanie niebędące zadaniem na rzecz wspólników wskazuje na pominięcie zasad funkcjonowania systemu gospodarowania odpadami. Zgodnie z twierdzeniem Zamawiającego, niesprzedawanie surowców wtórnych przez wykonawcę CBK nie pozwoliłoby na osiągnięcie odpowiednich wskaźników poziomu recyklingu określonych w rozporządzeniu i nie działałoby na korzyść wspólników, co jest celem nadrzędnym spółki CBK. Zamawiający wskazał, iż nieuprawnione jest wydzielenie sprzedaży surowców wtórnych z systemu gospodarowania odpadami w sytuacji, gdy z przepisów wprost wynika, że jest to część systemu, a zyski przypadają wspólnikom lub zmniejszają koszty funkcjonowania spółki.

Zamawiający wskazał także, iż dane zawarte w dokumencie pn.: „% udział w przychodach z zagospodarowania odpadów z terenu gmin udziałowców spółki w latach 2015-2017” zostały na etapie postępowania uzupełnione danymi ze sprawozdań w zakresie sprzedaży energii i pozostałych usług i przychodów z działalności operacyjnej, które nie musiały być dołączane przez wykonawcę na etapie postępowania, jako że Zamawiający dysponował nimi na miejscu. Ponadto Zamawiający podkreślił, że ujęte w tym dokumencie dane dotyczą tylko i wyłącznie wspólników.

W podsumowaniu Zamawiający podkreślił, iż w jego opinii sprzedaż surowców wtórnych jest zasadniczym elementem gospodarowania odpadami, podobnie jak wytwarzanie energii z odpadów, zwrócił uwagę na cel zawarcia umowy spółki oraz zadania, które wspólnicy powierzyli wykonawcy CBK, stwierdził, że zadania powierzone w umowie spółki nie muszą być tożsame z zadaniami własnymi gminy z uwzględnieniem faktu, iż ustawodawca nie wskazuje, w jaki sposób ma dojść do powierzenia zadań. Ponadto Zamawiający wskazał, iż w umowie nr 15/ZP/2018 z dnia 29 czerwca 2018 r. Zamawiający zlecił wykonawcy CBK zagospodarowanie odpadów zmieszanych i selektywnie zebranych oraz odzysk odpadów, przy czym w opinii Zamawiającego nie ma przeszkód, aby podstawą powierzenia była umowa spółki. Zamawiający wskazał, iż pozostawał w przeświadczeniu, że poziom 90%, o którym mowa w art. 67 ust. 1 pkt 14 ustawy Pzp zostanie zachowany tak czy inaczej.

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych nie uwzględnił zastrzeżeń Zamawiającego.

Wskazał, że sam fakt zdefiniowania w umowie spółki określonego zakresu jej działalności nie przesądza o tym, iż dana działalność dotyczy wykonywania zadań powierzonych przez zamawiających sprawujących nad daną osobą prawną kontrolę lub przez inne osoby prawne kontrolowane przez tych zamawiających w rozumieniu art. 67 ust. 1 pkt 14 lit. b) ustawy Pzp. Powyższe bowiem skutkowałoby uznaniem, iż przepis ten nie miałby praktycznego zastosowania, gdyż każda działalność realizowana przez taką spółkę musiałaby być traktowana jako „zadanie powierzone”, a co za tym idzie - każda spółka utworzona przez zamawiających w dowolnej sytuacji spełniałaby kryterium określone w art. 67 ust. 1 pkt 14 lit. b) ustawy Pzp.

W tym zakresie Prezes odwołał się do treści uchwały Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 czerwca 2020 r. (sygn. akt KIO/KD 28/20) wydanej na kanwie sprawy o zbliżonym stanie faktycznym, gdzie wskazano, że „Izba podziela stanowisko Prezesa Urzędu, iż sam fakt ogólnego sformułowania, że wykonawca zobowiązany jest do zagospodarowania przekazanych odpadów komunalnych w sposób zapewniający Zamawiającemu osiągnięcie na obszarze objętym przedmiotem zamówienia wymaganych poziomów recyklingu, przygotowania do ponownego użycia i odzysku innymi metodami frakcji odpadów obejmujących papier, metale, tworzywa sztuczne i szkło (...), o czym mowa w 95 ust. 2 umowy w sprawie zamówienia publicznego, nie przesądza o powierzeniu zadania sprzedaży surowców wtórnych. Nie występuje bowiem konkretne polecenie prowadzenia sprzedaży tych surowców, nadto postanowienia te nie określają szczegółowo sposobu realizacji obowiązku zapewnienia wymaganego przez Zamawiającego poziomu recyklingu. Na uwzględnienie zasługuje argumentacja Prezesa Urzędu, że nawet jeśli przyjąć, że przychody

ze sprzedaży surowców wtórnych mogą stanowić przychody Wykonawcy CBK w rozumieniu art. 67 ust. 1 pkt 14 lit. b) w związku z art. 67 ust. 8 ustawy Pzp, to dotyczyć to może wyłącznie przychodów uzyskiwanych ze sprzedaży surowców wtórnych, pozyskanych od zamawiających sprawujących nad tym wykonawcą kontrolę”.

Prezes Urzędu wskazał także, że żadne z postanowień zarówno umowy spółki jak i umowy w sprawie zamówienia publicznego, w tym postanowienia przywoływane przez Zamawiającego w zastrzeżeniach od wyniku kontroli nie stanowią konkretnego polecenia prowadzenia sprzedaży surowców wtórnych i nie regulują szczegółowo zasad jej realizacji w sposób dający podstawę do uznania, iż w odniesieniu do przychodu dotyczącego tej sfery spełniona została przesłanka z art. 67 ust. 1 pkt 14 lit. b) w związku z art. 67 ust. 8 ustawy Pzp, w szczególności nie wynika to z samego faktu zobowiązania wykonawcy do osiągnięcia określonych poziomów recyklingu.

Prezes Urzędu zauważył, że sam wykonawca CBK w treści dokumentu pn. „% udział w przychodach z zagospodarowania odpadów z terenu gmin udziałowców spółki w latach 2015-2017”, który został przedstawiony przez Zamawiającego w toku postępowania wyjaśniającego na potwierdzenie spełnienia przesłanki, o której mowa w art. 67 ust. 1 pkt 14 lit. b) ustawy Pzp wskazał, iż określony procent przychodów wykonawcy CBK dla lat 2015-2017 dotyczył wykonywania zadań pochodzących od podmiotów komercyjnych i osób fizycznych. Zgodnie natomiast z treścią ww. cytowanej uchwały Krajowej Izby Odwoławczej, nawet jeśli przyjąć, że przychody ze sprzedaży surowców wtórnych mogą stanowić przychody wykonawcy CBK w rozumieniu art. 67 ust. 1 pkt 14 lit. b) w związku z art. 67 ust. 8 ustawy Pzp, to dotyczyć to może wyłącznie przychodów uzyskiwanych ze sprzedaży surowców wtórnych, pozyskanych od zamawiających sprawujących nad tym wykonawcą kontrolę. Jakkolwiek dokument wyżej powołany nie rozróżnia jednoznacznie, która część przychodów odnosi się do sprzedaży dotyczącej zagospodarowania odpadów, a która do sprzedaży surowców z odzysku w rozumieniu przywoływanych w Informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 14 lipca 2020 r. danych wskazanych w sprawozdaniach Zarządu z działalności jednostki Zakładu Zagospodarowania Odpadów „Czysta Błękitna Kraina” sp. z o.o. w Czarnówku, nie zmienia to zasadności przyjęcia wykładni, iż za przychód uzyskiwany z działalności dotyczącej wykonywania zadań powierzonych przez zamawiających sprawujących nad wykonawcą CBK kontrolę w zakresie dwóch ww. obszarów działalności można co najwyżej uznać jedynie wartości, o których mowa w wierszu „Razem” dla sekcji „Gminy udziałowców spółki” dokumentu pn. „% udział w przychodach z zagospodarowania odpadów z terenu gmin udziałowców spółki w latach 2015-2017”, tj. odpowiednio: dla roku 2015: 9007 128,46 zł, dla roku 2016: 9 719 111,47 zł, dla roku 2017: 10 246 731,52 zł.

Dalej Prezes Urzędu zauważył, że Zamawiający nie wykazał powodów wyłączenia przez niego z ogółu działalności wykonawcy CBK, w stosunku do której został obliczony wymagany odsetek działalności dotyczącej wykonywania zadań powierzonych przez zamawiających sprawujących nad wykonawcą CBK kontrolę, działalności związanej ze sprzedażą energii, sprzedażą pozostałych usług, a także przychodów finansowych oraz pozostałych przychodów operacyjnych. Zamawiający nie wykazał także w sposób dostateczny, czy, a jeśli tak — jaka część przychodów ze źródeł innych aniżeli ze sprzedaży dot. zagospodarowania odpadów oraz sprzedaży surowców z odzysku została uzyskana w związku z realizowaniem zadań powierzonych przez zamawiających sprawujących kontrolę. W szczególności nie sposób określić powyższego w odniesieniu do sprzedaży energii, gdyż do tej kwestii nie odnosi się dokument pn. „% udział w przychodach z zagospodarowania odpadów z terenu gmin udziałowców spółki w latach 2015-2017”. W opinii Prezesa Urzędu nie mogą także zostać uznane za przekonujące ogólnikowe wyjaśnienia Zamawiającego w zastrzeżeniach od wyniku kontroli, iż całość przychodu uzyskanego ze sprzedaży energii można zaliczyć do przychodu uzyskanego w związku z realizowaniem zadań powierzonych przez zamawiających sprawujących kontrolę, skoro jest to przychód w szerokim sensie związany z realizacją zadania zagospodarowania odpadów a w przedstawionym przez Zamawiającego dokumencie pn: „% udział w przychodach z zagospodarowania odpadów z terenu gmin udziałowców spółki w latach 2015-2017” wskazano, iż część przychodu w ramach sprzedaży dot. zagospodarowania odpadów i sprzedaży surowców wtórnych nie została zaliczona 'do przychodu wykonawcy CBK związanego z realizowaniem zadań powierzonych przez zamawiających sprawujących kontrolę (tj. przychód dot. podmiotów komercyjnych i osób fizycznych), co analogicznie może dotyczyć sprzedaży energii.

Za bezprzedmiotowe zostały uznane argumenty Zamawiającego dotyczące konieczności sprzedaży energii w celu obniżenia kosztów działalności wykonawcy CBK, powyższe nie ma bowiem znaczenia dla kwestii rozstrzygnięcia o kwalifikacji przychodów ze względu na ich związek z zadaniami powierzonymi przez zamawiających sprawujących kontrolę. Prezes Urzędu wskazał, że Zamawiający nie przedstawił także konkretnego uzasadnienia dla zaliczenia (i ewentualnie w jakim zakresie) innych przychodów, o których mowa w pkt 1 lit. e, pkt 2 oraz pkt 3 lit. a-b tabeli odzwierciedlającej wartości przychodów uzyskanych w latach 2015-2017 przez wykonawcę CBK zamieszczonej na str. 8 Informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 14 lipca 2020 r., zawierającej dane pochodzące ze sprawozdań Zarządu z działalności jednostki Zakładu Zagospodarowania Odpadów „Czysta Błękitna Kraina” sp. z o.o. w Czarnówku. Tym samym nawet w przypadku częściowego zaliczenia przychodów ze sprzedaży surowców z odzysku do przychodów uzyskanych w ramach realizacji zadań powierzonych przez zamawiających sprawujących kontrolę, wskazać należy na możliwość zaistnienia sytuacji, w której suma przychodów osiągniętych przez wykonawcę CBK,

pochodzących z działalności dotyczącej wykonywania zadań powierzonych przez zamawiających sprawujących kontrolę nie przekroczy progu 90% w stosunku do ogółu przychodów określonych w wierszu „Ogółem przychody” w tabeli zawartej na str. 8 Informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 14 lipca 2020 r.

Prezes Urzędu zauważył, że w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej podkreśla się, że to na Zamawiającym spoczywa obowiązek wykazania istnienia przesłanek do zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki a wykazanie to i zastosowanie trybu niekonkurencyjnego, jako odstępstwo do zasady udzielania zamówień w trybach konkurencyjnych, nie może budzić żadnych wątpliwości (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 3 marca 2017 r., sygn. KIO 328/17). Tym samym to Zamawiający jest obowiązany do szczegółowego i niebudzącego wątpliwości uzasadnienia wyboru trybu z wolnej ręki, czemu Zamawiający w przedmiotowej sprawie uchybił.

Prezes Urzędu podtrzymał stanowisko zawarte w Informacji o wyniku kontroli doraźnej i wobec nieuwzględnienia zastrzeżeń od wyniku kontroli doraźnej Prezes Urzędu Zamówień Publicznych przekazał zastrzeżenia do zaopiniowania przez Krajową Izbę Odwoławczą.

Izba zważyła co następuje:

Zgodnie z artykułem 67 ust. 1 pkt 14 ustawy Prawo zamówień publicznych, zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki, jeżeli zamówienie udzielane jest przez zamawiającego, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1-3a, osobie prawnej, jeżeli spełnione są łącznie następujące warunki:

- a) zamawiający wspólnie z innymi zamawiającymi, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1-4, sprawuje nad daną osobą prawną kontrolę, która odpowiada kontroli sprawowanej przez nich nad własnymi jednostkami, przy czym wspólne sprawowanie kontroli ma miejsce, jeżeli spełnione są łącznie następujące warunki:
 - w skład organów decyzyjnych kontrolowanej osoby prawnej wchodzi przedstawiciele wszystkich uczestniczących zamawiających, z zastrzeżeniem, że poszczególny przedstawiciel może reprezentować więcej niż jednego zamawiającego,
 - uczestniczący zamawiający mogą wspólnie wywierać dominujący wpływ na cele strategiczne oraz istotne decyzje kontrolowanej osoby prawnej,
 - kontrolowana osoba prawna nie działa w interesie sprzecznym z interesami zamawiających sprawujących nad nią kontrolę,
- b) ponad 90% działalności kontrolowanej osoby prawnej dotyczy wykonywania zadań powierzonych jej przez zamawiających sprawujących nad nią kontrolę lub przez inne osoby prawne kontrolowane przez tych zamawiających,

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

Powyżej zacytowany przepis (ppkt b) jednoznacznie wskazuje na konieczność powierzenia wykonywania zadań przez zamawiających, którzy sprawują kontrolę nad osobą jednostką. Powierzenie powinno zostać wyartykułowane, być jednoznaczne i niebudzące wątpliwości oraz określać precyzyjnie zakres zadań, jaki jest powierzany. Sama okoliczność zdefiniowania w treści umowy spółki określonego przedmiotu działalności nie oznacza automatycznie, że poszczególne pozycje składające się na zakres działalności spółki stanowią zadania powierzone przez zamawiających sprawujących kontrolę nad daną osobą prawną. Obok zadań powierzonych, dana osoba prawna może wykonywać zadania inne niż powierzone przez zamawiających. Należy podzielić stanowisko Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, iż w przypadku przyjęcia odmiennego stanowiska, art. 67 ust. 1 pkt 14 ustawy Prawo zamówień publicznych nie miałby praktycznego zastosowania, gdyż każda działalność realizowana przez taką spółkę musiałaby być traktowana jako „zadanie powierzone”, co oznaczałoby, że każda spółka utworzona przez zamawiających, w dowolnej sytuacji spełniałaby kryterium określone w art. 67 ust. 1 pkt 14 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający nie wykazał, aby postanowienia umowy spółki, czy umowy w sprawie zamówienia publicznego, stanowiły konkretną czynność polecenia prowadzenia sprzedaży surowców wtórnych i jak wskazał Prezes Urzędu Zamówień Publicznych, brak jest uregulowania zasad realizacji tej umowy w sposób dający podstawę do uznania, że w odniesieniu do przychodu dotyczącego tej sfery działalności, spełniona została przesłanka z art. 67 ust. 1 pkt 14 lit. b) w związku z art. 67 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Podkreślić należy, że to na Zamawiającym spoczywał obowiązek wykazania istnienia przesłanek do zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki, jak również na Zamawiającym spoczywał obowiązek wykazania prawidłowości zastosowania tego trybu i szczegółowego uzasadnienia wyboru tego trybu. Tymczasem jak słusznie zauważył Prezes Urzędu Zamówień Publicznych, Zamawiający nie wykazał okoliczności, czy i ewentualnie jaka część przychodów ze źródeł innych aniżeli ze sprzedaży dotyczącej zagospodarowania odpadów oraz sprzedaży surowców z odzysku, została uzyskana w związku z realizowaniem zadań powierzonych przez zamawiających sprawujących kontrolę.

Izba podziela także stanowisko Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, zgodnie z którym: „nie mogą także zostać uznane za przekonujące ogólnikowe wyjaśnienia Zamawiającego w zastrzeżeniach od wyniku kontroli, iż całość przychodu uzyskanego ze sprzedaży energii można zaliczyć do przychodu uzyskanego w związku z realizowaniem zadań powierzonych

przez zamawiających sprawujących kontrolę, skoro jest to przychód w szerokim sensie związany z realizacją zadania zagospodarowania odpadów, a w przedstawionym przez Zamawiającego dokumencie pn: „% udział w przychodach z zagospodarowania odpadów z terenu gmin udziałowców spółki w latach 2015-2017” wskazano, iż część przychodu w ramach sprzedaży dot. zagospodarowania odpadów i sprzedaży surowców wtórnych nie została zaliczona do przychodu wykonawcy CBK związanego z realizowaniem zadań powierzonych przez zamawiających sprawujących kontrolę (tj. przychód dot. podmiotów komercyjnych i osób fizycznych), co analogicznie może dotyczyć sprzedaży energii. W tym zakresie bezprzedmiotowe są także argumenty Zamawiającego, dotyczące konieczności sprzedaży energii w celu obniżenia kosztów działalności wykonawcy CBK, powyższe nie ma bowiem znaczenia dla kwestii rozstrzygnięcia o kwalifikacji przychodów ze względu na ich związek z zadaniami powierzonymi przez zamawiających sprawujących kontrolę.”

W ocenie Izby, prawidłowość stanowiska Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych potwierdza także fakt, że Zamawiający nie uzasadnił zakwalifikowania poszczególnych rodzajów przychodów wykonawcy CBK, zamieszczonych w pkt. 1 lit. e, pkt. 2 oraz pkt. 3 lit. a – b tabeli zawierającej wykaz przychodów wykonawcy CBK w latach 2015 – 2017. Tym samym możliwa jest sytuacja, w której suma przychodów wykonawcy CBK, uzyskanych z działalności, związanej z wykonywaniem zadań powierzonych przez zamawiających sprawujących kontrolę, nie przekroczy poziomu 90% w stosunku do ogółu przychodów tego wykonawcy.

W konsekwencji należało podzielić stanowisko Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, że Zamawiający nie wykazał spełnienia przesłanek zastosowania trybu udzielenia zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 14 ustawy Prawo zamówień publicznych, a poprzez nieuprawnione odstępianie od stosowania trybów podstawowych naruszył art. 10 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Reasumując powyższe, Krajowa Izba Odwoławcza na podstawie art. 167 ust. 3 i 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, wyraża opinię, jak wyżej.

Przewodniczący:

Członkowie: