

Sygn. akt: KIO/KD 28/20

UCHWAŁA
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ
z dnia 22 czerwca 2020 r.

po rozpatrzeniu zastrzeżeń wniesionych w dniu 1 czerwca 2020 r. do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez Gminę Nowa Wieś Lęborska, dotyczących informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 18 maja 2020 r., znak: DKZP.WKZ3.422.1.2020.JB KND/21/2020 w przedmiocie zamówienia publicznego pn.: „Usługa zagospodarowania odpadów komunalnych odebranych od właścicieli nieruchomości z terenu Gminy Nowa Wieś Lęborska”.

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący: Danuta Dziubińska
Członkowie : Anna Chudzik
Przemysław Dzierzędzki

wyraża następującą opinię:

Zastrzeżenia Zamawiającego do informacji o wyniku kontroli Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych nie zasługują na uwzględnienie.

U z a s a d n i e n i e

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych (dalej także: „Prezes Urzędu”) przeprowadził kontrolę doraźną zamówienia publicznego pn.: „Usługa zagospodarowania odpadów komunalnych odebranych od właścicieli nieruchomości z terenu Gminy Nowa Wieś Lęborska” na podstawie art. 161 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz.U. z 2019 r. poz. 1843, dalej: „ustawa Pzp”), w wyniku której 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 uzasadnieniu Prezes Urzędu podał, iż w toku postępowania wyjaśniającego ustalono, iż w dniu 31 grudnia 2018 r. Zamawiający - Gmina Nowa Wieś Lęborska, po przeprowadzeniu postępowania w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 14 ustawy Pzp, zawarł umowę nr RRG.271.25.2018 RC 218/18 z Wykonawcą Zakład Zagospodarowania Odpadów „Czysta Błękitna Kraina” sp. z o.o. w Czarnówku (dalej: „CBK”) w sprawie zamówienia publicznego w przedmiocie zagospodarowania odpadów komunalnych odebranych od właścicieli nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy, nieruchomości, na których nie zamieszkują mieszkańcy, a powstają odpady komunalne, z wyłączeniem właścicieli nieruchomości, na których znajdują się cmentarze i rodzinne ogrody działkowe; oraz nieruchomości, na których znajdują się domki letniskowe lub inne nieruchomości wykorzystywane na cele rekreacyjno-wypoczynkowe, wykorzystywane przez część roku z terenu Gminy Nowa Wieś Lęborska.

Prezes Urzędu zauważył, że w informacji o zamiarze zawarcia umowy jako uzasadnienie zastosowania trybu udzielenia zamówienia Zamawiający wskazał art. 67 ust. 1 pkt 14 ustawy Pzp. Przedstawiając uzasadnienie faktyczne, Zamawiający podał, że przedmiotem zamówienia jest zagospodarowanie odpadów komunalnych odebranych przez przedsiębiorcę wpisanego do rejestru działalności regulowanej na terenie Gminy Nowa Wieś Lęborska wyłonionego w drodze przetargu na odbiór i transport odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy, nieruchomości na których nie zamieszkują mieszkańcy, a powstają odpady komunalne z wyłączeniem właścicieli nieruchomości, na których znajdują się cmentarze i rodzinne ogrody działkowe oraz nieruchomości, na których znajdują się domki letniskowe lub inne nieruchomości wykorzystywane na cele rekreacyjno-wypoczynkowe, wykorzystywane przez część roku z terenu Gminy Nowa Wieś Lęborska. Stosownie do art. 6d ust. 1 ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz.U. z 2018 r. poz. 1454 ze zm.) wójt jest obowiązany udzielić zamówienia publicznego na odbieranie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości albo zamówienia publicznego na odbieranie i zagospodarowanie tych odpadów. Ponadto zgodnie z art. 6d ust. 4 pkt 4, wójt określa w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (...) instalacje, w szczególności regionalne instalacje do przetwarzania odpadów komunalnych, do których podmiot odbierający odpady komunalne od właścicieli nieruchomości jest obowiązany przekazać odebrane odpady - w przypadku przetargu na odbieranie odpadów od właścicieli nieruchomości lub zobowiązuje się do wskazania takich instalacji w ofercie - w przypadku przetargu na odbieranie i zagospodarowanie tych odpadów.

Wójt Gminy Nowa Wieś Lęborska ogłosił dnia 11.09.2018 r. przetarg na odbiór i transport odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy, nieruchomości, na których nie zamieszkują mieszkańcy, a powstają odpady komunalne, z wyłączeniem właścicieli nieruchomości, na których znajdują się cmentarze oraz rodzinne ogrody działkowe; oraz nieruchomości, na których znajdują się domki letniskowe lub inne nieruchomości wykorzystywane na cele rekreacyjno-wypoczynkowe, wykorzystywane przez część roku z terenu Gminy Nowa Wieś Lęborska. Z uwagi na to, iż Gmina Nowa Wieś Lęborska jest udziałowcem spółki prowadzącej regionalną instalację do przetwarzania odpadów komunalnych w Czarnówku, zgodnie z wyżej przytoczonymi zapisami ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, wójt wskazał RIPOK w Czarnówku jako instalację, do której przedsiębiorca wyłoniony w drodze przetargu ma dostarczać odebrane odpady komunalne. Zgodnie z umową spółki z ograniczoną odpowiedzialnością występującej pod firmą Zakład Zagospodarowania Odpadów „Czysta Błękitna Kraina” sp. z o.o. przedmiotem działania spółki jest m.in. działalność związana ze zbieraniem, przetwarzaniem i unieszkodliwianiem odpadów oraz odzysk surowców. Zapewnienie odpowiedniego strumienia odpadów jest warunkiem prawidłowego funkcjonowania instalacji, co jest w interesie Gminy Nowa Wieś Lęborska. Oprócz Gminy Nowa Wieś Lęborska udziałowcami spółki Zakład Zagospodarowania Odpadów „Czysta Błękitna Kraina” sp. z o.o. są następujące jednostki samorządu terytorialnego: Gmina Miasto Lębork, Gmina Cewice, Gmina Wicko, Gmina Miasto Łeba, Gmina Choczewo, Gmina Krokowa, Gmina Łęczyce, Gmina Linia, Gmina Miasto Władysławowo i Gmina Miasto Puck. W spółce nie ma bezpośredniego udziału kapitału prywatnego. Każdemu z udziałowców przysługuje ilość głosów Zgromadzenia Wspólników adekwatna do ilości posiadanych w spółce udziałów. Gmina Nowa Wieś Lęborska jako udziałowiec spółki korzysta z preferencyjnych cen za zagospodarowanie odpadów, które zostały uwzględnione w cenniku usług. [...]

Na wystąpienie Prezesa Urzędu m.in. z prośbą o szczegółowe uzasadnienie spełnienia przesłanek udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki w oparciu o treść art. 67 ust. 1 pkt 14 ustawy Pzp oraz:

- wskazanie, czy Zamawiający obliczył procent działalności, o którym mowa w art. 67 ust. 1 pkt 14 lit. b) ustawy Pzp w sposób określony w art. 67 ust. 8 ustawy Pzp, czy w sposób określony w art. 67 ust. 9 ustawy Pzp, wraz z uzasadnieniem wyboru danej podstawy prawnej, jak również - przekazanie kopii dokumentów, które stanowiły podstawę dokonania powyższego wyliczenia;
- wskazanie średniego przychodu osiągniętego przez osobę prawną (wykonawcę CBK) w odniesieniu do usług, dostaw lub robót budowlanych za 3 lata poprzedzające udzielenie

zamówienia, z uwzględnieniem procentowego udziału przychodów uzyskiwanych od Zamawiającego, jeśli zastosowano art. 67 ust. 8 ustawy Pzp;

- wskazanie, jaki procent udziałów wykonawcy CBK posiadał Zamawiający na dzień udzielenia zamówienia z wolnej ręki [...]

Zamawiający powtórzył uzasadnienie zastosowania trybu z wolnej ręki zawarte w informacji o zamiarze zawarcia umowy oraz wyjaśnił, że obliczył procent działalności, o którym mowa w art. 67 ust. 1 pkt 14 lit. b) w sposób określony w art. 67 ust. 8 ustawy Pzp ze względu na dzień utworzenia wykonawcy, przesyłając kopie dokumentów potwierdzających wyliczenie procentu działalności. Zamawiający podał, że roczny przychód wykonawcy netto za rok 2017 wyniósł 11.132.169,50 zł, z czego 92,05% tj. 10.246.731,52 zł pochodził od zamawiającego, o którym mowa w art. 67 ust. 8 ustawy Pzp. Roczny przychód wykonawcy netto za rok 2016 wyniósł 10.217.295,60 zł, z czego 95,12% tj. 9.719.111,47 zł pochodził od zamawiającego, o którym mowa w art. 67 ust. 8 ustawy Pzp. Przychód wykonawcy netto za rok 2015 wyniósł 9.731.302,77 zł, z czego 92,56% tj. 9.007.128,46 zł pochodził od zamawiającego, o którym mowa w art. 67 ust. 8 ustawy Pzp. Zamawiający na dzień udzielenia zamówienia z wolnej ręki posiadał 15,80% udziałów.

Dla wykazania potwierdzenia spełnienia warunku, o którym mowa w art. 67 ust. 1 pkt 14 lit. b) ustawy Pzp Zamawiający przekazał dokument pn. „% udział w przychodach z zagospodarowania odpadów z terenu gmin udziałowców spółki w latach 2015-2017” sporządzony przez wykonawcę CBK, w którym wskazano przychody netto w PLN za lata 2015, 2016 i 2017 poszczególnych gmin oraz łączny przychód w poszczególnych latach ze wskazaniem % udziału w przychodach gmin udziałowców spółki wynoszącym: za rok 2015 – 9 007 128,46, co stanowi 92,56 %, za rok 2016 -9 719 111,47, co stanowi 95,12 %, za rok 2017 – 10 246 731,52, co stanowi 92,05%. Dokument zawiera także informację o udziale w przychodach podmiotów komercyjnych i osób fizycznych wynoszącym w poszczególnych latach w PLN: 2015 - 724 174,31, co stanowi 7,44%, 2016 - 498 184,13 co stanowi 4,88%, 2017 - 885 437,98 co stanowi 7,95%. Ogółem przychody: 2015 - 9 731 302,77, 2016 - 10 217 295,60, 2017 - 11 132 169,50. Zamawiający przekazał również Sprawozdania Zarządu z działalności jednostki Zakładu Zagospodarowania Odpadów „Czysta Błękitna Kraina” sp. z o.o. w Czarnówku za lata 2015, 2016 i 2017, z których wynika, że wartości przychodów uzyskanych w latach 2015-2017 przez Wykonawcę CBK przedstawiają się następująco:

Przychody ze sprzedaży netto (bez VAT)	Rok 2015 (tabela na str. 18 Sprawozdania za rok 2015) (PLN)	Rok 2016 (tabela na str. 18 Sprawozdania za rok 2016) (PLN)	Rok 2017 (tabela na str. 16 Sprawozdania za rok 2017) (PLN)
1.Przychody ze sprzedaży netto (bez VAT) w tym	9 934 761,15	10 339 637,73	11 239 814,05

a) Sprzedaż dot. zagospodarowania odpadów	8 211 416,45	8 680 853,18	9 212 768,37
b) Sprzedaż surowców z odzysku	1 519 886,32	1 536 442,42	1 919 401,13
Razem a)+b)	9 731 302,77	10 217 295,60	11 132 169,50
c) Zmiana stanu produktów	0,00	0,00	0,00
d) Sprzedaż energii	114 971,94	45 555,08	34 906,62
e) Sprzedaż pozostała usług	88 486,44	76 787,05	72 737,93
2. Przychody finansowe	7 731,55	12 768,17	5 800,35
3. Pozostałe przychody operacyjne w tym	654 393,41	663 777,74	589 565,12
a) Amortyzacja śr.trw.sfinans.ze śr. Obcych	599 752,68	599 752,68	553 720,68
b) Pozostałe przychody operacyjne	54 640,73	64 025,06	35 844,44
Ogółem przychody	10 596 886,	11 016 183,64	11 835 179,52

W związku z tym zwrócono się do Wykonawcy CBK o:

- szczegółowe wyjaśnienie, w jaki sposób obliczono przychody pochodzące od poszczególnych gmin-udziałowców spółki wykazane w dokumencie pn. „% Udział w przychodach z zagospodarowania odpadów z terenu gmin udziałowców spółki w latach 2015 - 2017”, w szczególności wyjaśnienie, czy do przychodów pochodzących od gmin-udziałowców zaliczono przychody ze sprzedaży surowców wtórnych (surowców z odzysku), sprzedaży energii, sprzedaży usług oraz pozostałe przychody operacyjne, a jeśli tak - proszę o uzasadnienie, z jakiego względu uznano te przychody za generowane w ramach zadań powierzonych przez ww. gminy;
 - wyjaśnienie, dlaczego wartości wskazane w wierszu 13 „Ogółem przychody” ww. dokumentu dla lat 2015, 2016, 2017 są inne (niższe), aniżeli wartości przychodów dla odnośnych lat wskazane w Sprawozdaniach Zarządu z działalności jednostki Zakładu Zagospodarowania Odpadów „Czysta Błękitna Kraina” sp. z o.o. w Czarnówku za lata 2015, 2016 i 2017, sekcja 2.2 tabela a) „Przychody” wiersz x „Ogółem przychody”
- ewentualnie wyjaśnienie, dlaczego wymienione wartości są wyższe aniżeli wartości określone dla „sprzedaży dotyczącej zagospodarowania odpadów”, o której mowa w ww. „Sprawozdaniach” dla poszczególnych lat.

W odpowiedzi Wykonawca CBK poinformował, że zasadniczo przedmiot działalności Spółki stanowi zagospodarowywanie odpadów z terenu gmin udziałowców. Dostarczane odpady pochodzą z terenu gmin (Lębork, Miasto Puck, Krokowa, Nowa Wieś Lęborska, Władysławowo, Cewice, Wicko, Choczewo, Łeba, Linia, Łęczyce) i stanowią ponad 90% całości zagospodarowywanych odpadów. Działalność Zakładu dotycząca zagospodarowywania odpadów z innych źródeł ma charakter marginalny. Podstawę zawierania umów stanowi zasada bliskości oraz fakt pochodzenia przeważającej części odpadów od gmin udziałowców (in-house). Wartości wskazane w wierszu 13 „Ogółem przychody” w Sprawozdaniach Zarządu z działalności jednostki za lata 2015-2017 różnią się od wartości wskazanych w „Ogółem przychody” w dokumencie pn. „% Udział w przychodach z zagospodarowania odpadów z terenu gmin udziałowców spółki w latach 2015 - 2017 r.” z uwagi na to, że w w/w dokumencie brane są pod uwagę wyłącznie przychody dotyczące zagospodarowania odpadów oraz przychody ze sprzedaży surowców wtórnych. W dokumentach bilansowych ujęto dodatkowo przychody z tytułu sprzedaży energii, sprzedaży usług, przychody finansowe i pozostałe przychody operacyjne.

Wyszczególnienie	2015	2016	2017
Przychody wykazane w Sprawozdaniu Zarządu:	10.596.886,11 zł	11.016.183,64 zł	11.835.179,52 zł
Przychody wykazane w dokumencie „% Udział w przychodach z zagospodarowania odpadów z terenu gmin udziałowców spółki w latach 2015 - 2017r.”	9.731.302,77 zł	10.217.295,60 zł	11.132.169,50 zł

Ponadto zwrócono się do Zamawiającego z prośbą o:

1. wyjaśnienie, czy dla obliczenia procentu działalności kontrolowanego wykonawcy dotyczącego wykonywania zadań powierzonych przez zamawiających sprawujących nad nim kontrolę, zgodnie z art. 67 ust. 1 pkt 14 lit. b) w związku z art. 67 ust. 8 ustawy Pzp, do przychodów generowanych w ramach ww. zadań powierzonych w latach 2015-2017 zaliczono przychody uzyskane przez wykonawcę ze sprzedaży surowców wtórnych (surowców z odzysku), ewentualnie - w jakim procencie, ponadto proszę o wskazanie, na jakiej podstawie wykonawca realizuje sprzedaż surowców wtórnych, w szczególności, czy realizacja ta następuje na zlecenie zamawiających sprawujących nad wykonawcą kontrolę;
2. wyjaśnienie, czy przychody uzyskiwane przez wykonawcę z tytułu sprzedaży energii, sprzedaży usług, a ponadto przychody finansowe i pozostałe przychody operacyjne w latach 2015-2017 były generowane w ramach zadań powierzonych przez zamawiających sprawujących nad tym wykonawcą kontrolę, ewentualnie - w jakim procencie;

3. wyjaśnienia, w jakim procencie przychody wykonawcy ze sprzedaży dot. zagospodarowania odpadów były generowane w ramach zadań powierzonych przez zamawiających sprawujących nad tym wykonawcą kontrolę w poszczególnych latach w okresie lat 2015- 2017.

W odpowiedzi Zamawiający wyjaśnił, że do obliczenia procentu działalności kontrolowanego wykonawcy, do przychodów generowanych w ramach zadań powierzonych w latach 2015-2017 zaliczono przychody uzyskane przez wykonawcę ze sprzedaży surowców wtórnych. Wykonawca realizuje sprzedaż surowców wtórnych na podstawie postępowania ofertowego w ramach ofert składanych przez wykonawców. Do analizy procentowej brane były tylko przychody z zagospodarowania odpadów oraz przychody ze sprzedaży surowców wtórnych. Przychody ze sprzedaży dot. zagospodarowania odpadów były generowane w ramach zadań powierzonych przez zamawiających sprawujących kontrolę nad wykonawcą w następujących procentach: rok 2015 - 92,56%, rok 2016- 95,12%, rok 2017 - 92,05%.

W wyniku powyższych ustaleń, Prezes Urzędu wskazując na przepis art. 67 ust. 1 pkt 14 ustawy Pzp oraz art. 67 ust. 8 ustawy Pzp, zgodnie z którym do obliczania procentu działalności, o którym mowa w ust. 1 pkt 12 lit. b, pkt 13 lit. b, pkt 14 lit. b i pkt 15 lit. c, uwzględnia się średni przychód osiągnięty przez osobę prawną lub zamawiającego w odniesieniu do usług, dostaw lub robót budowlanych za 3 lata poprzedzające udzielenie zamówienia, stwierdził, że z informacji przekazanych przez Zamawiającego jak i Wykonawcę CBK ustalono, 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). Analiza wyjaśnień przedstawionych przez Zamawiającego, jak również treści umowy w sprawie zamówienia publicznego 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 bowiem 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 związku z powyższym Prezes Urzędu przyjął, iż przychód uzyskiwany ze sprzedaży surowców z odzysku, który - jak wskazał Zamawiający w piśmie z dnia 2 września 2019 r. - pochodzi ze sprzedaży tych surowców na podstawie postępowania ofertowego w ramach ofert składanych przez wykonawców, 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, iż 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.

Powyższe dało Prezesowi Urzędu podstawę do przeprowadzenia obliczeń, z których wynika, że procent działalności Wykonawcy CBK, jaką stanowi sprzedaż surowców z odzysku w poszczególnych latach przedstawia się następująco: 2015 - 14,34%, 2016 - 13,95%, 2017-16,22%, z czego średnia to 14,88%. 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, iż 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, czyli tak jak przyjął Zamawiający, 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.

W podsumowaniu Prezes Urzędu stwierdził, iż 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 Zakład Zagospodarowania Odpadów „Czysta Błękitna Kraina” sp. z o.o. w Czarnówku któremu udzielono zamówienia, był jedynym wykonawcą, z którym prowadzono negocjacje w toku postępowania o udzielenie zamówienia w trybie z wolnej ręki.

Zamawiający wniósł zastrzeżenia do Informacji o wyniku kontroli postępowania o udzielenie zamówienia, podnosząc, że zgodnie z przytoczoną w przekazanym wyniku kontroli opinią UZP przychód generowany w ramach wykonywania zadań powierzonych Wykonawcy CBK przez zamawiających sprawujących nad nim kontrolę będzie miał miejsce w następującej sytuacji: „Poprzez zadania powierzone należy bez wątplenia rozumieć zadania zlecone w

różnej formie przez instytucje zamawiającą podległej osobie prawnej. (...) Niezbędne jest jednak, aby płatności odzwierciedlone w strukturze przychodów osoby prawnej były ściśle związane z konkretnym poleceniem podmiotu zamawiającego wykonania zadania powierzonego". W umowie zawartej w wyniku przeprowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w § 5 pkt. 2 widnieje zapis nakazujący Wykonawcy CBK przetwarzanie odpadów pochodzących od zamawiającego w sposób pozwalający na maksymalny odzysk „surowców wtórnych” (papier, metale, tworzywa sztuczne, szkło). Jednocześnie zamawiający zobligował Wykonawcę CBK w § 1 pkt. 5 umowy do wypłaty udziału w przychodach z tytułu ponownego zagospodarowania „surowców wtórnych”, którym w tym przypadku jest ich sprzedaż. Powyższe obowiązki Wykonawcy CBK zobligowany był do wykonania pod groźbą kary umownej, o której mowa w § 7 pkt 1 i 2 umowy.

W ocenie Zamawiającego ww. postanowienia umowy wskazują, że czynność sprzedaży surowców wtórnych przez Wykonawcę CBK należy rozumieć jako zadania zlecone w różnej formie przez instytucje zamawiającą oraz, że ich wykonanie było ściśle związane z konkretnym poleceniem podmiotu zamawiającego.

Prezes Urzędu nie uwzględnił zastrzeżeń.

Ustosunkowując się do stanowiska Zamawiającego Prezes Urzędu zauważył m.in., że wbrew twierdzeniom Zamawiającego, w §1 ust. 5 umowy w sprawie zamówienia publicznego nr RRG.271.25.2018 RC 218/18 mowa jest o „zagospodarowaniu odpadów komunalnych”, nie zaś „zagospodarowaniu surowców wtórnych”, co ma zasadnicze znaczenie w kontekście wyraźnego rozróżnienia tych kategorii w sprawozdaniach zarządu z działalności jednostki Zakładu Zagospodarowania Odpadów „Czysta Błękitna Kraina” sp. z o.o., do których odnosi się treść Informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 18 maja 2020 r. Analogicznie kategorie te różnicował sam Zamawiający w pkt 2 pisma z dnia 2 września 2019 r. Nie sposób zatem uznać, 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 §5 ust. 2 umowy w sprawie zamówienia publicznego świadczy o powierzeniu zadania sprzedaży surowców wtórnych, w szczególności postanowienia te nie określają szczegółowo sposobu realizacji obowiązku zapewnienia wymaganego przez Zamawiającego poziomu recyklingu, przede wszystkim brak jest konkretnego polecenia prowadzenia sprzedaży tych surowców.

Ponadto Prezes Urzędu zwrócił uwagę na fakt, iż nawet w przypadku uznania, 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, dotyczyć to może wyłącznie przychodów uzyskiwanych ze sprzedaży surowców wtórnych pozyskanych od zamawiających sprawujących nad wykonawcą kontrolę. Na podstawie dokumentu pn. „% udział w przychodach z zagospodarowania odpadów z terenu gmin udziałowców spółki w latach 2015-2017” ustalono, iż osiągnęte przez wykonawcę CBK, brane przez Zamawiającego pod uwagę dla uzasadnienia spełnienia przesłanki, o której mowa w art. 67 ust. 1 pkt 14 lit. b) ustawy Pzp (tj. wyłącznie przychody ze sprzedaży dot. zagospodarowania odpadów oraz sprzedaży surowców z odzysku) przychody netto pochodzące od gmin-udziałowców spółki (zamawiających sprawujących kontrolę) wynosiły dla lat 2015, 2016, 2017 odpowiednio 9 007 128,46 zł, 9 719 111,47 zł oraz 10 246 731,52 zł, tj. 92,56%, 95,12% oraz 92,05% sumy przychodu wykonawcy ze sprzedaży dot. zagospodarowania odpadów oraz sprzedaży surowców z odzysku. Oznacza to, iż pozostała część przychodu pochodziła od innych podmiotów, co potwierdza treść ww. dokumentu w pkt 12 „Podmioty komercyjne i osoby fizyczne”. Jednocześnie jak podkreślono w Informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 18 maja 2020 r., 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.

Prezes Urzędu podkreślił, że w toku postępowania wyjaśniającego oraz kontroli doraźnej Zamawiający nie wykazał, czy, a jeśli tak - jaka część przychodów ze źródeł innych aniżeli ze sprzedaży dot. zagospodarowania odpadów oraz sprzedaży surowców z odzysku pochodziła od zamawiających sprawujących nad wykonawcą kontrolę. Tym samym nie można wykluczyć sytuacji, iż żaden z rodzajów przychodów, o których mowa w pkt 1 lit. c-e, pkt 2 oraz pkt 3 lit. a-b tabeli odzwierciedlającej wartości przychodów uzyskanych w latach 2015-2017 przez wykonawcę CBK, zamieszczonej na str. 6 i 7 Informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 18 maja 2020 r., nie stanowił przychodu pochodzącego od zamawiających sprawujących nad wykonawcą kontrolę w rozumieniu przepisów ustawy Pzp. W takim wypadku zestawienie przychodów uzyskiwanych przez wykonawcę CBK przedstawiałoby się w taki sposób, że procent działalności Wykonawcy CBK jaką stanowi przychód pochodzący od zamawiających sprawujących kontrolę, w latach 2015, 2016 i 2017 wynosiłby odpowiednio: 85%, 88,23% i 86,58%, co oznacza średnią 86,62%. W tej sytuacji przesłanka, o której mowa w art. 67 ust. 1 pkt 14 lit. b) ustawy Pzp również nie zostałyby spełnione.

Prezes Urzędu podniósł, że zamówienie z wolnej ręki jest trybem szczególnym, stosowanym w sytuacjach, gdy zastosowanie innego, konkurencyjnego trybu postępowania nie jest możliwe. Powyższe oznacza, iż to na zamawiającym ciąży obowiązek wykazania spełnienia przesłanek zastosowania tego trybu w sposób szczegółowy i niebudzący wątpliwości. Lakoniczne wyjaśnienia, z których nie wynika w sposób wyraźny zadośćuczynienie wymogom zastosowania trybu z wolnej ręki mogą stanowić podstawę zakwestionowania prawidłowości udzielenia zamówienia.

Krajowa Izba Odwoławcza po zapoznaniu się ze stanowiskiem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych i Zamawiającego oraz biorąc pod uwagę materiał zgromadzony w sprawie, zważyła, co następuje:

Zastrzeżenia Zamawiającego do Informacji o wyniku kontroli doraźnej w zakresie legalności wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki nie zasługują na uwzględnienie.

W ocenie Izby Prezes Urzędu prawidłowo uznał, że Zamawiający dopuścił się naruszenia art. 67 ust. 1 pkt 14 ustawy Pzp, który stanowi, iż *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.

W konsekwencji doszło do naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w art. 7 ust. 1, który stanowi, iż *zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości*, oraz art. 10 ustawy Pzp, z którego wynika, że podstawowymi trybami udzielania zamówienia są przetarg nieograniczony i przetarg ograniczony, a pozostałe tryby mogą być zastosowane wyłącznie w przypadkach określonych w ustawie.

Stan faktyczny ustalony w trakcie postępowania kontrolnego nie jest sporny. W szczególności Zamawiający w zastrzeżeniach do wyniku kontroli nie kwestionuje podanych przez Prezesa wielkości wskazujących, że procent działalności Wykonawcy CBK jaką stanowi sprzedaż surowców z odzysku przekracza 10%, jak również nie wykazuje, że procent działalności tego Wykonawcy jaką stanowi przychód pochodzący od zamawiających sprawujących kontrolę jest większy niż 90%.

Jak wynika z zastrzeżeń, Zamawiający uznaje, że czynności sprzedaży surowców wtórnych przez Wykonawcę CBK, można traktować jako zadania zlecone w różnej formie przez instytucję zamawiającą oraz, że ich wykonanie było ściśle związane z konkretnym poleceniem podmiotu zamawiającego, co jego zdaniem wynika z przywołanych w zastrzeżeniach postanowień §1 ust. 5 i § 5 ust. 2 umowy w sprawie zamówienia publicznego nr RRG.271.25.2018 RC 218/18.

Argumentację tę należy uznać za niewystarczającą dla wykazania w analizowanym postępowaniu wypełnienia warunków zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki.

Jak zasadnie zauważył Prezes Urzędu w §1 ust. 5 ww. umowy jest mowa o zagospodarowaniu odpadów komunalnych, a nie zagospodarowaniu surowców wtórnych. Ma to znaczenie z uwagi na rozróżnienia tych kategorii zarówno w sprawozdaniach zarządu z działalności jednostki Zakładu Zagospodarowania Odpadów „Czysta Błękitna Kraina” sp. z o.o., jak też w piśmie Zamawiającego z dnia 2 września 2019 r. złożonym do Prezesa Urzędu w dniu 9 września 2019 r.

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 §5 ust. 2 umowy ww. 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.

Nadto zauważenia wymaga, iż brak jest wykazania przez Zamawiającego 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.

Udzielenie zamówienia w wyniku przeprowadzenia postępowania w trybie z wolnej ręki stanowi wyjątek od zasady prymatu trybów przetargowych. Zgodnie z powszechnie uznawaną regułą, wyjątków nie należy interpretować rozszerzająco (m.in. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 4 lutego 2000 r., II CKN 738/98, OSNC 2000, nr 7-8, poz. 146). Z tych względów zamawiający jest obowiązany wykazać brak możliwości zastosowania konkurencyjnego trybu postępowania i ściśle wypełnienie się przesłanek zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki. Zamawiający winien powyższe wykazać w sposób niebudzący wątpliwości (por. m.in. wyrok KIO z dnia 3 marca 2017 r. sygn. akt KIO 328/17). Zaniechanie takiego wykazania stanowi bowiem podstawę do stwierdzenia naruszenia przepisów ustawy Pzp

W analizowanym postępowaniu Zamawiający, pomimo, iż to na nim ciążył obowiązek w tym zakresie, nie wykazał wypełnienia się warunków zastosowania art. 67 ust. 1 pkt 14 ustawy Pzp jako podstawy przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie zamówienia z wolnej ręki, który wymaga łącznego spełnienia wymienionych w nim warunków. Przedstawione przez Zamawiającego informacje wskazują, że nie został spełniony warunek, aby ponad 90% działalności kontrolowanej osoby prawnej dotyczyło zadań powierzonych jej przez zamawiających sprawujących nad nią kontrolę lub przez inne osoby prawne kontrolowane przez tych zamawiających. Przepis

Z tych względów należało stwierdzić, że Zamawiający naruszył przepisy wskazane w Informacji o wyniku kontroli przez udzielenie zamówienia w trybie z wolnej ręki na odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych odebranych od właścicieli nieruchomości z terenu Gminy Nowa Wieś Lęborska.

W związku z powyższym Izba wyraziła opinię jak w sentencji uchwały.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....