



WICEPREZES  
URZĘDU ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

*Mateusz Winiarz*

Warszawa,

DKZP.WKZ1.442.43.2021.MJ  
dot.: KND/48/21/DKZP

Prezes  
Przedsiębiorstwa Usług Komunalnych  
Piaseczno Sp. z o.o.  
ul. Techniczna 6  
05 – 500 Piaseczno

W odpowiedzi na pismo z dnia 19.08.2021 r. (znak: L.DZ. 652/PUK/2021) zawierające zastrzeżenia od wyniku kontroli doraźnej w przedmiocie zawarcia przez Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych Sp. z o.o. z wyłączeniem zastosowania przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz.U. z 2019 r. poz. 1843 z późn. zm., dalej: „ustawa Pzp2004”) umowy z dnia 15 stycznia 2020 r. na *Odbiór i zagospodarowanie przez odbiorcę odpadów o następującym kodzie oznaczonym zgodnie z rozporządzeniem Ministra Środowiska z dnia 9 grudnia 2014 r. w sprawie katalogu odpadów (Dz.U. 2014 poz. 1923) wskazanym w załączniku nr 1 do umowy*, uprzejmie informuję, że Prezes Urzędu Zamówień Publicznych (dalej: „Prezes Urzędu”) podtrzymał stanowisko dotyczące naruszenia art. 7 ust. 3 ustawy Pzp2004 wskazanego w Informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 5.08.2021 r. przekazanej przy piśmie (znak: DKZP.WKZ1.442.43.2021.MJ).

W wyniku przeprowadzonej przez Prezesa Urzędu kontroli doraźnej stwierdzono naruszenie przez Zamawiającego art. 7 ust. 3 ustawy Pzp2004 poprzez zawarcie umowy z wykonawcą, który nie został wybrany na zasadach określonych w przepisach ustawy Pzp2004.

Pismem z dnia 19.08.2021 r. Zamawiający wniósł zastrzeżenia od wyniku kontroli doraźnej przedmiotowego postępowania wskazując, cyt.:

1. *Zgodnie z postanowieniami art. 3 ust. 1. pkt 3 ustawy Pzp przepisy tej ustawy stosuje się do udzielania zamówień publicznych m.in. przez osoby prawne utworzone w szczególnym celu zaspokajania potrzeb o charakterze powszechnym, niemających charakteru przemysłowego ani handlowego, jeżeli jednostki sektora finansów publicznych w rozumieniu przepisów o finansach*

*publicznych lub inne państwowe jednostki organizacyjne nieposiadające osobowości prawnej pojedynczo lub wspólnie, bezpośrednio lub pośrednio przez inny podmiot:*

- *finansują je w ponad 50% lub*
  - *posiadają ponad połowę udziałów albo akcji, lub*
  - *sprawują nadzór nad organem zarządzającym, lub*
  - *mają prawo do powoływania ponad połowy składu organu nadzorczego lub zarządzającego;*
- o ile osoba prawna nie działa w zwykłych warunkach rynkowych, jej celem nie jest wypracowanie zysku i nie ponosi strat wynikających z prowadzenia działalności.*

2. *W związku z powyższym stwierdzić należy, co następuje:*

2.1. *W czasie Kontroli prawidłowo został ustalony status Przedsiębiorstwa Usług Komunalnych Sp. z o.o., zwanej dalej „Spółką”, jako osoby prawnej utworzonej w szczególnym celu zaspokajania potrzeb o charakterze powszechnym niemających charakteru przemysłowego ani handlowego, w której Jednostka Samorządu Terytorialnego posiada ponad połowę udziałów, sprawuje nadzór nad organem zarządzającym oraz ma prawo do powoływania ponad połowy składu organu nadzorczego i zarządzającego według stanu na dzień podpisania umowy z konsorcjum spółek:*

*„Konsorcjum Spółek”, tj. na dzień 15 stycznia 2020 r. [dalej: „Konsorcjum”].*

2.2. *Ustalenia Kontroli dotyczące sposobu pozyskiwania przez Spółkę zleceń w okresie do 2020 r., a więc w okresie poprzedzającym oraz obejmującym czas zawarcia umowy z Konsorcjum poprzez udział Spółki w otwartych, konkurencyjnych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonych przez różnych zamawiających w trybie przetargu nieograniczonego.*

3. *Zastrzeżenia Spółki dotyczące ustaleń kontroli odnoszą się do następujących stwierdzeń:*

3.1. *Na stronie 17 Informacji Prezes Urzędu Zamówień Publicznych, stwierdza, iż nie sposób uznać, że Spółka działała w zwykłych warunkach rynkowych, ponieważ Spółka „jest spółką komunalną, której jedynym wspólnikiem jest Gmina Piaseczno - otóż ustawodawca konstruując przepis art. 3 ust. 1. pkt 3 ustawy Pzp określił próg własności 50% udziałów lub akcji jako próg minimalny, na co wskazuje sformułowanie „posiadają ponad połowę udziałów albo akcji”. Oznacza, to że nawet przedsiębiorstwa, w których jednostki sektora finansów publicznych posiadają 100% udziałów lub akcji mogą działać w zwykłych warunkach rynkowych.*

3.2. *Dalej na tej samej stronie nr 18 Informacji Prezes Urzędu stwierdza, iż „należy dostrzec, iż celem Spółki nie jest wypracowanie zysku, gdyż zysk w spółce komunalnej jest narzędziem optymalizacji kosztów w gospodarce komunalnej, a nie celem samym w sobie”. Przy powyższym założeniu żadna osoba prawna powołana przez jednostkę sektora finansów publicznych do zaspokajania potrzeb o charakterze powszechnym niemających charakteru przemysłowego ani handlowego nigdy nie mogłaby działać „w zwykłych warunkach rynkowych”, jej celem żadnej z takich osób prawnych nie jest „wypracowanie zysku”. Odniesć można wrażenie, że wnioski Kontrolującego oparte są o ograniczoną wiedzę w zakresie zasad i sposobu prowadzenia działalności gospodarczej. W ten sposób cały przepis art. 3 ust. 1. pkt 3 ustawy Pzp zawiera w ogóle niespełnialne łącznie przesłanki wyjątku od generalnej zasady stosowania przepisów ustawy Pzp „o ile osoba prawna nie działa w zwykłych warunkach rynkowych, jej celem nie jest wypracowanie zysku”. Założenie takie i zastosowana przez Prezesa Urzędu wykładnia analizowanego przepisu stoi w ocenie Spółki w sprzeczności z treścią ustawy PZP, a także z zasadą racjonalnego ustawodawcy kierującego się regułami poprawnej legislacji. Tym bardziej, że tej przedmiotowej sprawie oznaczałoby to, że „zyskiem” właściciela Spółki, tj. Gminy Piaseczno było optymalizowanie kosztów gospodarek komunalnych np. Gminy*

- Lesznowola, Gminy Konstancin-Jeziorna, czy Gminy Żabia Wola, co by oznaczało, że mieszkańcy Gminy Piaseczno opłacający podatki lokalne na rzecz swojej społeczności lokalnej przykładali się do funkcjonowania licznych sąsiednich społeczności, pomimo braku jakichkolwiek umów w tym zakresie pomiędzy ww. gminami. Stwierdzenie takie nie znajduje więc żadnego oparcia ani w stanie faktycznym, ani prawnym znajdującym zastosowanie do niniejszej sprawy.*
- 3.3. Prezes UZP całkowicie pominął fakt, że pomimo, iż Spółka została utworzona przez Gminę Piaseczno, świadczyła usługi nie tylko na rzecz swojej macierzystej gminy, ale również na rzecz innych podmiotów (zarówno publicznych, jak i prywatnych). Co przy tym istotne, przychody Spółki z tytułu usług realizowanych na rzecz Gminy Piaseczno stanowiły w 2020 r. oraz w latach poprzednich niespełna 8% wszystkich przychodów z działalności Spółki. Wobec tego, w celu uzyskania zamówień niezbędnych dla jej bieżącego funkcjonowania, Spółka zmuszona była do konkutowania z innymi podmiotami działającymi na rynku gospodarowania odpadami. PUK Piaseczno było zatem normalnym uczestnikiem rynku, co oznacza że prowadzona przez Spółkę działalność miała charakter przemysłowy lub handlowy w rozumieniu art. 3 ust. 1 pkt 3) ustawy Pzp.*
  - 3.4. Dodatkowo należy zwrócić uwagę, że do końca 2020 r. Spółka musiała konkurować z innymi podmiotami również o zamówienia udzielana przez macierzystą Gminę Piaseczno. Dopiero od dnia 2.11.2020 r. Spółka realizuje zamówienia na rzecz Gminy w trybie zamówień „in-house”. Wobec tego, pomimo powiązań właścicielskich, Spółka w relacjach z Gminą traktowana była jako normalny uczestnik rynku, co dodatkowo potwierdza, że prowadziła działalność w warunkach zwykłej konkurencji. Spółka w żadnym stopniu nie była traktowana preferencyjnie przez własny organ właścicielski.*
  - 4. O tym, że działalność Spółki musiała być nastawiona na osiągnięcie zysku przesądza również fakt zwrotnego charakteru otrzymanych dopłat, co jednocześnie wskazuje również na fakt, iż Spółka ponosi straty wynikające z prowadzonej działalności. W tym zakresie z przykrością należy stwierdzić, że kontrolujący w ogóle nie zrozumiał istoty i sposobu działania instytucji dopłaty w spółce kapitałowej, chociażby poprzez fakt mylenia dopłaty zwrotnej oprocentowanej z dotacją.*
  - 5. Umowa z Konsorcjum została zawarta w celu zapewnienia możliwości realizacji usług świadczonych na rzecz Gminy Piaseczno.*
  - 6. Sam fakt otrzymania zwrotnych dopłat od właściciela nie może w ocenie Spółki stanowić przesłanki do oceny stanu prawnego warunkującego działania podejmowane przez Spółkę w związku z realizacją umowy zawartej z zamawiającym w wyniku przetargu nieograniczonego nr 29/19, tj. w związku z podpisaniem przez Spółkę umowy Konsorcjum. Innymi słowy zawarcie 15 stycznia 2020 r. umowy z Konsorcjum musi być oceniane wyłącznie zgodnie ze stanem faktycznym oraz stanem prawnym istniejącymi w dniu 15 stycznia 2020 r., w tym w szczególności wynikającym ze stanu faktycznego i prawnego, który został, ukształtowany w dniu 15 kwietnia 2019 r., tj. w dniu w którym Spółka złożyła ofertę w postępowaniu nr 29/19. Inne zaś zdarzenia prawne i faktyczne, w szczególności zdarzenia przyszłe - nieznanne Zarządowi Spółki w dniu składania oferty w postępowaniu nr 29/19 oraz w dniu zawierania umowy z Konsorcjum z siedzibami w Ostrołęce, nie mogą w żaden sposób prowadzić do zmiany oceny działań podejmowanych przez Spółkę przed ich wystąpieniem. Nawet więc, gdyby przyjąć, że zwrotne dopłaty mogłyby mieć znaczenie w zakresie oceny czy Spółka powinna stosować przepisy ustawy - Prawo zamówień publicznych w przyszłości, to należy wskazać, że uszło uwadze kontrolującego, iż Spółka przez cały czas działała w zwykłych warunkach rynkowych*

*i ponosi pełne ryzyko wynikające z ewentualnych strat. Samo udzielenie dopłat zwrotnych które są normalną instytucją prawa spółek to nie miały one zarówno ze względu na swój charakter i cel, jak i datę uchwalenia - wpływu na ocenę prawną dotyczącą możliwości i sposobu (trybu) zawarcia kontrolowanej umowy.*

7. *Ponadto, Prezes UZP całkowicie pominął fakt, że dokapitalizowanie Spółki w formie dopłat zwrotnych było zwykłym (powszechnym) działaniem właścicielskim, które zmierzało do poprawy jej rentowności, a nie do zmiany charakteru prowadzonej działalności z rynkowej na nierynkową. Całkowicie niezrozumiała jest teza przedstawiona przez Prezesa UZP, jakoby podmioty prywatne nie mogły liczyć na podobnego rodzaju wsparcie ze strony organów właścicielskich. Z analizy rynku gospodarowania odpadami wynika całkowicie odmienny wniosek. W okresie, w którym Spółka uzyskała dopłaty, w zdecydowanej większości podmiotów świadczących usługi z zakresu gospodarowania odpadami (zarówno publicznych, jak i prywatnych) zaistniała potrzeba dofinansowania działalności. Dofinansowania związane była bowiem z koniecznością dostosowania infrastruktury Spółki do dynamicznie zmieniających się wymogów dotyczących gospodarki odpadami (m.in. ustawy z dnia 14.12.2012 r. o odpadach). Wobec tego każdy rozsądnie działający właściciel, bez względu na to czy publiczny czy prywatny, podjąłby identyczną decyzję o wsparciu finansowym przedsiębiorstwa. Mając wszystko powyższe na uwadze, Zarząd Przedsiębiorstwa Usług Komunalnych Piaseczno Sp. z o.o. z siedzibą w Piasecznie wnosi o zmianę treści informacji o wyniku kontroli doraźnej w sprawie nr DKZP.WKZ1.442.43.2021.MJ i nr KND/48/21/DKZP poprzez wykreślenie z niej stwierdzenia, iż zawarcie w dniu 15 stycznia 2020 r. umowy z Konsorcjum nastąpiło z naruszeniem art. 7 ust. 3 ustawy Pzp*

Odnosząc się do powyższych zastrzeżeń, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych informuje, co następuje:

Biorąc pod uwagę powyższą argumentację, należy stwierdzić, że stanowisko prezentowane przez Zamawiającego w odniesieniu do naruszenia art. 7 ust. 3 ustawy Pz2004 wskazanego w Informacji o wyniku kontroli doraźnej nie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie należy podkreślić, że Zamawiający w zastrzeżeniach nie kwestionuje subsumpcji ustalonego w sprawie stanu faktycznego. Wnosząc zastrzeżenia w znacznej części Zamawiający powtórzył wyjaśnienia złożone Prezesowi Urzędu w toku postępowania wyjaśniającego, które zostały przeanalizowane, a wnioski uwzględnione w Informacji o wyniku kontroli, poprzez wskazanie naruszenia przepisu art. 7 ust. 3 ustawy Pzp2004.

Mając na uwadze treść zgłoszonych zastrzeżeń przypomnieć należy, iż zgodnie z treścią art. 3 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp2004 przepisy tej ustawy stosuje się do udzielania zamówień publicznych przez inne, niż jednostki sektora finansów publicznych, osoby prawne utworzone w szczególnym celu zaspokajania potrzeb o charakterze powszechnym niemających charakteru przemysłowego ani handlowego, jeżeli podmioty, o których mowa w tym przepisie, oraz jednostki sektora finansów publicznych i inne państwowe jednostki organizacyjne nie posiadające osobowości prawnej, pojedynczo lub wspólnie, bezpośrednio lub pośrednio przez inny podmiot:

- a) finansują je w ponad 50%, lub
- b) posiadają ponad połowę udziałów albo akcji, lub
- c) sprawują nadzór nad organem zarządzającym, lub
- d) mają prawo do powoływania ponad połowy składu organu nadzorczego lub zarządzającego,

- o ile osoba prawna nie działa w zwykłych warunkach rynkowych, jej celem nie jest wypracowanie zysku i nie ponosi strat wynikających z prowadzenia działalności.

Zatem dla uznania danej instytucji za Zamawiającego na podstawie art. 3 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp2004 - tj. za podmiot prawa publicznego - konieczne jest spełnienie warunku pierwszego (posiadania osobowości prawnej) i drugiego (szczególny cel działalności) oraz jednego z warunków określonych w art. 3 ust. 1 pkt 3 lit. a – d.

W informacji o wyniku kontroli Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych Sp. z o.o. w Piasecznie zakwalifikowano do kategorii zamawiających określonych w art. 3 ust. 1 pkt 3 lit. b i d ustawy Pzp2004, tj. podmiotów prawa publicznego, a zatem zobowiązanych do stosowania przepisów ustawy Pzp2004 przy odpłatnym nabywaniu dostaw, usług oraz robót budowlanych. Nadmienić należy, iż Spółka jest instytucją ukierunkowaną na zaspokajanie potrzeb o charakterze powszechnym, niemających charakteru przemysłowego ani handlowego, w której jedynym udziałowcem jest Gmina Piaseczno (100% udziałów), której przysługuje prawo powoływania wszystkich członków rady nadzorczej Spółki, powołującej członków zarządu Spółki, co zostało wykazane w Informacji o wyniku kontroli.

Z zastrzeżeń można wywieść, iż Zamawiający nie zgadza się z kontrolującym, co do ustaleń, iż jest on podmiotem, który nie działa w zwykłych warunkach rynkowych, jego celem nie jest wypracowanie zysku i nie ponosi strat wynikających z prowadzenia działalności. Zamawiający kwestionuje również zastosowaną wykładnię art. 3 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp2004 w powyższym zakresie.

Odnosząc się do powyższego, wyjaśnić należy, iż Zamawiający zgłosił zastrzeżenia do stwierdzeń (pojedynczych zdań), które należy prawidłowo odczytywać łącznie z treścią całego akapitu (str. 18 Informacji o wyniku kontroli). Z pierwszego z kwestionowanych zdań w brzmieniu *Na stronie 18 Informacji Prezes Urzędu Zamówień Publicznych, zwany dalej „Prezesem Urzędu” stwierdza, iż nie sposób uznać, że Spółka działała w zwykłych warunkach rynkowych, ponieważ Spółka „jest spółką komunalną, której jedynym wspólnikiem jest Gmina Piaseczno”, według interpretacji Zamawiającego, wywieść należy, iż Spółka nie działała w zwykłych warunkach rynkowych, ponieważ jest spółką komunalną, której jedynym wspólnikiem jest Gmina Piaseczno. Tymczasem, powyższym zdaniem kontrolujący wyłącznie podkreślił, iż PUK Piaseczno jest spółką komunalną, której jedynym wspólnikiem jest Gmina Piaseczno.*

Przechodząc do stwierdzenia Zamawiającego, iż *ustawodawca konstruując przepis art. 3 ust. 1. pkt 3 ustawy Pzp określił próg własności 50% udziałów lub akcji jako próg minimalny, na co wskazuje sformułowanie „posiadają ponad połowę udziałów albo akcji”, co oznacza, to że nawet przedsiębiorstwa, w których jednostki sektora finansów publicznych posiadają 100% udziałów lub akcji może działać w zwykłych warunkach rynkowych, należy uznać je za słuszne, bowiem na rynku istnieją podmioty, które prowadzą w ten sposób swoją działalność. Jednakże, podkreślić należy, iż w toku kontroli badaniu i ocenie został poddany status Spółki PUK Piaseczno Sp. z o.o. i wobec Spółki zostało stwierdzone, iż nie działa ona w zwykłych warunkach rynkowych, jej celem nie jest wypracowanie zysku i nie ponosi strat wynikających z prowadzenia działalności.*

Odpowiadając na podniesione w pkt 3.1. zastrzeżeń do wyniku kontroli twierdzenia Zamawiającego, wskazać należy, iż aktualne brzmienie art. 3 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp2004, nadane ustawą z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2016 r. poz. 1020), doprecyzowuje zakres kryteriów pozwalających na kwalifikację prawną podmiotów prawa publicznego wskazując, że „osoba prawna nie działa w zwykłych warunkach rynkowych, jej celem nie jest wypracowanie zysku i nie ponosi strat

wynikających z prowadzenia działalności”. Przesłanka ta, na gruncie przepisów ustawy Pzp2004, nie posiada charakteru samoistnego, ale subsydiarny i należy rozumieć ją jako wskazówki interpretacyjne w kontekście pierwszego elementu definicji, tj. warunku dotyczącego powołania w szczególnym celu zaspokajania potrzeb w interesie ogólnym, niemających charakteru przemysłowego ani handlowego. Tym samym, należy wyraźnie wskazać, iż nadanie przez ustawodawcę przepisowi art. 3 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp2004 nowego brzmienia nie wpływa automatycznie na zakres podmiotowy jego stosowania. W tym celu należy odwołać się do brzmienia motywu 10 do dyrektywy 2014/24/UE, a także motywu 21 i 12 odpowiednio do dyrektyw 2014/23/UE oraz 2014/25/UE, gdzie unijny prawodawca wskazał, że podmiot, który działa w zwykłych warunkach rynkowych, ma na celu wypracowanie zysku i ponosi straty wynikające z prowadzenia działalności, nie powinien być uważany za „podmiot prawa publicznego”, ponieważ potrzeby interesu ogólnego, do zaspokajania, których ten podmiot został założony lub zaspokajanie, których powierzono mu jako zadanie, można uważać za posiadające charakter przemysłowy lub handlowy. W tych samych motywach preambuły cytowanych dyrektyw unijny prawodawca przypomniał, że termin „instytucje zamawiające”, a zwłaszcza termin „podmioty prawa publicznego” były wielokrotnie analizowane przez Trybunał Sprawiedliwości UE. Zaznaczył zarazem, że zakres podmiotowy dyrektyw powinien pozostać niezmienny. W tym celu w dyrektywach 2014/23/UE, 2014/24/UE i 2014/25/UE zachowane zostały definicje, na których oparł się Trybunał, oraz wprowadzono pewną liczbę objaśnień przedstawionych w ramach tego orzecznictwa jako kluczowych dla zrozumienia samych definicji, przy czym zamiarem unijnego prawodawcy nie była zmiana rozumienia pojęć wypracowanych w orzecznictwie. W konsekwencji, interpretacja przesłanki działania w warunkach rynkowych, w celu wypracowania zysku i ponoszenia strat z prowadzonej działalności powinna zostać przeprowadzona z uwzględnieniem wytycznych wskazanych przez Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej. Prezes Urzędu stosując kwestionowaną przez Zamawiającego wykładnię ww. przepisu kierował się powyższymi wytycznymi.

Przypomnieć należy, w ślad za informacją o wyniku kontroli doraźnej, iż obecnie (i w momencie zawierania kontrolowanej umowy) przedmiot działalności Spółki PUK Piaseczno Sp. z o.o. polegał na świadczeniu usług z zakresu: wywozu odpadów stałych, płynnych, komunalnych, przemysłowych i socjalnych; gospodarowaniu odpadami komunalnymi; oczyszczaniu odpadów; letniego i zimowego utrzymania dróg i tzw. ciągów pieszych oraz utrzymania zieleni i pomimo szerszego zakresu odpowiada charakterowi (związanemu m.in. z utrzymaniem czystości i porządku) działalności Spółki w momencie jej utworzenia. Nadmienić należy, iż zaspokajanie zbiorowych potrzeb wspólnoty należy do zadań własnych Gminy Piaseczno. Zadania własne Gminy Piaseczno obejmują m.in. sprawy z zakresu gminnych dróg, ulic, mostów, placów oraz organizacji ruchu drogowego, wodociągów i zaopatrzenia w wodę, kanalizacji, usuwania i oczyszczania ścieków komunalnych, utrzymania czystości i porządku oraz urządzeń sanitarnych, wysypisk i unieszkodliwiania odpadów komunalnych, zaopatrzenia w energię elektryczną i ciepłą oraz gaz, zieleni gminnej i zadrzewień. Wskazać należy, iż od chwili utworzenia do chwili obecnej PUK Piaseczno Sp. z o.o. świadczyła i świadczy usługi w zakresie gospodarki odpadami, zbierania odpadów w Punkcie Selektywnej Zbiórki Odpadów Komunalnych, utrzymania i pielęgnacji zieleni, utrzymania letniego i zimowego dróg, chodników i parkingów. Wobec powyższego, nie ulega wątpliwości, że działalność prowadzona przez PUK Piaseczno polega na zaspokajaniu potrzeb o charakterze powszechnym (ogólnym). Odbiór, transport i gospodarowanie odpadami (oraz pozostałe usługi świadczone przez Spółkę) niewątpliwie stanowią działalność ściśle związaną z zadaniami realizowanymi przez państwo.

W odniesieniu do argumentacji Zamawiającego w zakresie osiągania przez Spółkę zysku, o czym przesądzać ma zwrotny charakter otrzymanych dopłat, w pierwszej kolejności podkreślenia wymaga, iż forma prawna PUK Piaseczno Sp. z o.o., jaką jest spółka komunalna, determinuje przyjęcie, że jest ona narzędziem służącym do realizacji celów Gminy Piaseczno, która w roku 2016 objęła 100% udziałów w Spółce. Fakt przejęcia pozostałych 50% udziałów w Spółce przez Gminę Piaseczno powoduje, że nie sposób uznać, że podstawowym jej celem jest nastawienie na zysk, jak to jest w przypadku spółek prawa handlowego tworzonych wyłącznie przez podmioty prywatne. Poprzez spółkę komunalną Gmina Piaseczno realizuje bowiem swoje ustawowe zadania, takie jak odbiór odpadów z gospodarstw domowych, czyszczenia ulic i odbioru odpadów przemysłowych. Byt spółki komunalnej, jej natura prawna są zdeterminowane specyficzną naturą prawną jednostki samorządu terytorialnego, która ją utworzyła, gdyż spółka ta jest narzędziem w rękach tej jednostki. Gmina Piaseczno zdecydowała się bowiem przejąć udziały w Spółce z przyczyn związanych z interesem publicznym, a następnie zachować decydujący wpływ na świadczenie przez ten podmiot określonych usług. Tym samym cel działania Spółki jest szczególny i ostatecznie służy zaspokojeniu potrzeb o charakterze powszechnym. Nie można zatem przyjąć, że podejmując decyzję o przejęciu udziałów w Spółce samorząd kierował się wyłącznie zamiarem prowadzenia działalności gospodarczej celem osiągnięcia zysku przez Spółkę, gdyż co do zasady samorząd nie prowadzi działalności gospodarczej nastawionej na zysk. Gmina, co do zasady nie może tworzyć spółek ani do spółek przystępować, których celem jest osiągnięcie zysku.

Odpowiadając na argumenty Zamawiającego, iż Spółka świadczyła usługi nie tylko na rzecz swojej macierzystej gminy, ale również na rzecz innych podmiotów prywatnych i publicznych, a przychody Spółki z tytułu realizowanych na rzecz Gminy Piaseczno stanowiły w 2020 r. oraz w latach poprzednich niespełna 8% wszystkich przychodów z działalności Spółki, co oznacza, że prowadzona przez Spółkę działalność miała charakter przemysłowy lub handlowy, wskazać należy, iż posiadanie statusu podmiotu prawa publicznego nie jest uzależnione od procentowego znaczenia działalności prowadzonej w celu zaspokajania potrzeb w interesie ogólnym, niemających charakteru przemysłowego ani handlowego w ramach całej działalności danego podmiotu. W świetle przepisów dotyczących zamówień publicznych nie jest zatem istotne, czy obok obowiązku zaspokajania potrzeb w interesie ogólnym, taki podmiot ma możliwość prowadzenia innej, w tym przypadku całkowicie komercyjnej, działalności. Jeżeli określona instytucja wykonuje również inne zadania niż publiczne, rozstrzygające znaczenie ma ocena pierwotnego celu jego utworzenia. W przypadku, gdy instytucja publiczna została powołana do zaspokajania potrzeb o charakterze powszechnym, a zaczęła prowadzić także działalność gospodarczą nastawioną na zysk, utrzymuje ona status podmiotu prawa publicznego nawet, jeżeli działalność w interesie powszechnym stanowi niewielką część w porównaniu z działalnością czysto handlową. W orzeczeniu z dnia 15 stycznia 1998 r. Mannesmann Anlagenbau Austria AG i Inni przeciwko Strohal Rotationsdruck GemsbH, sprawa C – 44/96 Trybunał zauważył, że jeżeli instytucja, której dotyczył spór została powołana w celu wytwarzania określonych dokumentów, które były ściśle powiązane z zamówieniami publicznymi i instytucjonalną działalnością Państwa, to należy uznać, iż została ona powołana w celu zaspokajania potrzeb o charakterze powszechnym, nie mających charakteru przemysłowego ani handlowego. Ustosunkowując się do kwestii, iż przedmiotowa działalność stanowi tylko niewielki procent działalności podmiotu, Trybunał uznał, że argument taki jest bez znaczenia tak długo, jak długo będzie ona zaspokajać potrzeby o charakterze powszechnym.

Odnosząc się do twierdzenia Zamawiającego, iż działalność Spółki była nastawiona na osiągnięcie zysku i Spółka ponosiła straty wynikające z prowadzonej działalności przesądza charakter otrzymanych dopłat, tj. dopłat zwrotnych, nie sposób się z nim zgodzić. Nie można również przychylić się do tezy Zamawiającego, iż kontrolujący nie zrozumiał istoty i sposobu działania instytucji dopłaty w spółce kapitałowej, chociażby poprzez fakt mylenia dopłaty zwrotnej oprocentowanej z dotacją. Zauważyć należy, iż Zamawiający nie wyjaśnił sposobu w jaki otrzymane dopłaty wpłynęły na osiągnięcie zysku przez Spółkę, a strata jaką Spółka poniosła w 2019 r. (tj. przed zawarciem kontrolowanej umowy) wynikała m.in. ze wzrostu cen na rynku odpadów komunalnych (na co wskazano w Sprawozdaniu Zarządu Przedsiębiorstwa Usług Komunalnych Piaseczno Sp. z o.o. z działalności w roku 2019 tj. w okresie od 01.01.2019 r. do 31.12.2019 r.). Zauważyć należy, iż Zamawiający dwukrotnie zwracał się do Burmistrza Miasta i Gminy Piaseczno z wnioskiem o dokapitalizowanie Spółki poprzez wniesienie dopłat zwrotnych, które zostały Spółce przyznane. Co istotne, Spółka nie musiała spełniać żadnych warunków, by uzyskać dotację od Gminy Piaseczno na realizację zamierzeń związanych z działalnością Spółki. Również terminy i zasady zwrotu dotacji nie zostały określone. Co więcej, brak jest również informacji o oprocentowaniu dopłaty i jej wysokości. Powyższe świadczy o uprzywilejowaniu PUK Piaseczno Sp. z o.o. względem podmiotów komercyjnych działających na rynku. Zatem, nie sposób uznać, iż charakter otrzymanych dopłat zwrotnych, przyznanych na podjęcie działań zmierzających do dostosowania siedziby Spółki do standardów wynikających ze zmieniających się przepisów prawa w zakresie gospodarowania odpadami komunalnymi oraz zapewnienia ciągłości odbiorów i przetwarzania odpadów komunalnych na terenie Gminy Piaseczno w szczególności w sposób zapewniający bezpieczeństwo pracowników Spółki w czasie trwania epidemii COVID-19, miał wpływ na wypracowanie zysku przez Spółkę. Odnosząc się do podnoszonego przez Zamawiającego terminu wniesienia dopłat, należy wskazać, iż obowiązek stosowania przepisów ustawy Pzp2004 przez PUK Piaseczno Sp. z o.o. przy odpłatnym nabywaniu dostaw, usług oraz robót budowlanych zrodził się w chwili przejęcia przez Gminę Piaseczno pozostałych 50% udziałów w Spółce. Należy jednocześnie przypomnieć, że pierwsza z dopłat została przyznana w dniu 6 sierpnia 2019 r., a więc przed zawarciem kontrolowanej umowy z dnia 15 stycznia 2020 r. Nadmienić należy, iż Prezes Urzędu nie kwestionuje samego faktu możliwości otrzymania przez podmioty prywatne wsparcia (dopłat) ze strony organów właścicielskich lecz wskazuje na preferencyjne warunki na jakie mogła liczyć Spółka uzyskując dotację od Gminy. Dokapitalizowanie na warunkach jakie otrzymała Spółka sprawiło, iż jest ona podmiotem uprzywilejowanym w stosunku do przedsiębiorców komercyjnych, którzy takiego dofinansowania, od podmiotu publicznego jakim jest Gmina, na analogicznych warunkach nie byliby w stanie uzyskać. Spółka uzyskując dotację nie musiała występować o kredyt, bądź pozyskać środki w innych sposób, by zrealizować zamierzenia, które zostały pokryte z przyznanych dotacji, co również stawia ją w korzystniejszej sytuacji od przedsiębiorców prowadzących działalność komercyjną. Dodać również należy, iż w okolicznościach, w których Spółka może liczyć na dokapitalizowanie, nawet poprzez dotacje zwrotne, ryzyko upadłości Spółki jest zminimalizowane. Wskazać należy, iż Krajowa Izba Odwoławcza w Uchwale z dnia 21 lipca 2021 r. (sygn. akt KIO/KD 11/21) nieuwzględniającej wniesionych przez Zamawiającego zastrzeżeń od wyniku kontroli doraźnej, podkreśliła, iż *błędnie utrzymuje Zamawiający, iż działa w zwykłych warunkach rynkowych skoro w tym przypadku nie można mówić ani o ryzyku odmowy dopłaty (dokapitalizowania), ponieważ oznaczałoby to wysokie ryzyko co do realizacji obowiązków gminy w szczególności w zakresie odbioru odpadów z gospodarstw domowych przez podmiot, który cele te ma realizować, ani o żadnych warunkach jej przyznania i zwrotu, co w warunkach rynkowych jest nieosiągalne.* Co istotne



ww. Uchwała wydana została w analogicznym stanie faktycznym w związku z przeprowadzoną przez Prezesa Urzędu kontrolą doraźną dotyczącą zawarcia przez PUK Piaseczno Sp. z o.o. wcześniejszej umowy, tj. umowy z dnia 15 stycznia 2020 r. bez zastosowania przepisów ustawy Pzp2004 (sygn. KND/47/21/DKZP).

A zatem, w momencie podejmowania decyzji o udzieleniu zamówienia bez stosowania przepisów ustawy Pzp2004 będącego przedmiotem kontroli, Zamawiający był na uprzywilejowanej pozycji względem innych przedsiębiorców działających na rynku.

Resumując, w zgłoszonych zastrzeżeniach nie sposób doszukać się potwierdzenia, że Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych Sp. z o.o. w Piasecznie nie należy do kategorii podmiotów określonych w art. 3 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp2004, tj. podmiotów prawa publicznego, a zatem zobowiązanych do stosowania przepisów ustawy Pzp2004.

Reasumując, Prezes Urzędu podtrzymał stanowisko zawarte w Informacji o wyniku kontroli doraźnej i nie uwzględnił zastrzeżeń Zamawiającego. Zgodnie z treścią art. 167 ust. 2 ustawy Pzp2004, w związku z nieuwzględnieniem zastrzeżeń od wyniku kontroli doraźnej następczej w zakresie wykazanego naruszenia art. 7 ust. 3 ustawy Pzp2004 przekazane one zostały do zaopiniowania przez Krajową Izbę Odwoławczą. Informację w tej sprawie Prezes Urzędu przekazał Panu Prezesowi w piśmie z dnia 3.09.2021 r. (znak: DKZP.WKZ1.442.43.2021.MJ).

Krajowa Izba Odwoławcza uchwałą z dnia 17.09.2021 r. (sygn. akt KIO/KD 16/21) wyraziła opinię w sprawie przedmiotowych zastrzeżeń, stwierdzając, że *zastrzeżenia Zamawiającego do wskazanego w Informacji o wyniku kontroli doraźnej naruszenia nie zasługują na uwzględnienie*. Zgodnie z art. 167 ust. 4 ustawy Pzp2004 opinia Krajowej Izby Odwoławczej jest wiążąca dla Prezesa Urzędu.

W związku z powyższym, na podstawie z art. 167 ust. 5 ustawy Pzp2004 uprzejmie informuję, że Prezes Urzędu ostatecznie nie uwzględnił zastrzeżeń od wyniku kontroli doraźnej w przedmiocie zawarcia przez Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych Sp. z o.o. z wyłączeniem zastosowania przepisów ustawy Pzp2004 umowy z dnia 15 stycznia 2020 r. na *Odbiór i zagospodarowanie przez odbiorcę odpadów o następującym kodzie oznaczonym zgodnie z rozporządzeniem Ministra Środowiska z dnia 9 grudnia 2014 r. w sprawie katalogu odpadów (Dz.U. 2014 poz. 1923) wskazanym w załączniku nr 1 do umowy*. Jednocześnie w załączeniu przekazuję odpis uchwały Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17.09.2021 r. (sygn. akt KIO/KD 16/21).

Załączniki:

1. odpis uchwały Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 września 2021 r. (sygn. akt KIO/KD 16/21).