

KND/21/2020

**Informacja o wyniku kontroli doraźnej
w zakresie legalności wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki**

Określenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, które było przedmiotem kontroli:

Zamawiający:	Gmina Nowa Wieś Lęborska ul. Grunwaldzka 24 84-351 Nowa Wieś Lęborska
Rodzaj zamówienia:	usługi
Rodzaj procedury:	zamówienie klasyczne
Przedmiot zamówienia:	usługa zagospodarowania odpadów komunalnych odebranych od właścicieli nieruchomości z terenu Gminy Nowa Wieś Lęborska
Tryb postępowania:	zamówienie z wolnej ręki – art. 67 ust. 1 pkt 14 ustawy Prawo zamówień publicznych
Wartość zamówienia:	644 481,98 zł (149 472,83 euro)
Wszczęcie postępowania:	21.12.2018 r. (data przekazania zaproszenia do negocjacji)
Środki UE:	nie

Informacja o stwierdzonych naruszeniach lub ich braku:

Po przeprowadzeniu kontroli doraźnej przedmiotowego zamówienia, 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”), Prezes Urzędu Zamówień Publicznych (dalej także: „Prezes Urzędu”) stwierdza 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.

UZASADNIENIE

W toku postępowania wyjaśniającego ustalono, iż w dniu 31 grudnia 2018 r. Zamawiający – Gmina Nowa Wieś Lęborska zawarł umowę nr RRG.271.25.2018 RC 218/18 z Wykonawcą Z(...) (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* 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 informacji o zamiarze zawarcia umowy stanowiącej załącznik do protokołu postępowania co następuje.

Zamówienie zostanie udzielone na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 14 Prawa zamówień publicznych.

Uzasadnienie prawne.

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 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.

Uzasadnienie faktyczne.

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 Z(...) 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 jako akcjonariusza spółki. Oprócz Gminy Nowa Wieś Lęborska udziałowcami spółki Z(...) są następujące jednostki samorządu terytorialnego:

- ✓ *Gmina Miasto Lębork*
- ✓ *Gmina Cewice*
- ✓ *Gmina Wicko*
- ✓ *Gmina Miasto Łeba*
- ✓ *Gmina Choczewo*
- ✓ *Gmina Krokowa*
- ✓ *Gmina Łęczycze*
- ✓ *Gmina Linia*
- ✓ *Gmina Miasto Władysławowo*
- ✓ *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.
[...]*

Pismem z dnia 2 kwietnia 2019 r. (znak: (...)) zwrócono się do Zamawiającego z prośbą m.in. o:

1. *przekazanie kopii zaproszenia do negocjacji w trybie z wolnej ręki dla wykonawcy CBK;*
2. *przekazanie kopii umowy wynikającej z przeprowadzonego postępowania w trybie z wolnej ręki wraz z załącznikami jeżeli została zawarta (lub jej projektu);*
3. *przekazanie kopii protokołu postępowania w trybie z wolnej ręki wraz z dokładnym określeniem przedmiotu tego zamówienia;*
4. *przekazanie kopii umowy spółki wykonawcy wraz ze wszystkimi aneksami;*
5. *przekazanie potwierdzenia zamieszczenia na stronie podmiotowej Biuletynu Informacji Publicznej informacji o zamiarze zawarcia umowy oraz informacji o udzieleniu zamówienia w przedmiotowym postępowaniu;*
6. *szczegółowe uzasadnienie spełnienia przesłanek udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki w oparciu o treść art. 67 ust. 1 pkt 14 ustawy Pzp;*
7. *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;*
8. *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;*

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

Pismem z dnia 9 kwietnia 2019 r. (wpływ do Urzędu w dniu 12 kwietnia 2019 r.) Zamawiający przekazał żądane dokumenty. W zakresie kwestii, o której mowa w pkt 6 pisma Urzędu z dnia 2 kwietnia 2019 r. Zamawiający powtórzył uzasadnienie zastosowania trybu z wolnej ręki zawarte w informacji o zamiarze zawarcia umowy. W zakresie kwestii, o których mowa w pkt 7-9 pisma Urzędu z dnia 2 kwietnia 2019 r. Zamawiający wyjaśnił co następuje:

7. Zamawiający 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. W załączeniu przesyłam kopie dokumentów potwierdzających wyliczenie procentu działalności.

8. Roczny przychód wykonawcy netto za rok 2017 wyniósł (...) zł z czego 92,05% tj. (...) zł pochodził od zamawiającego, o którym mowa w art. 67 ust. 8 ustawy Pzp. Roczny przychód wykonawcy netto za rok 2016 wyniósł (...) zł z czego 95,12% tj. (...)zł pochodził od zamawiającego, o którym mowa w art. 67 ust. 8 ustawy Pzp. przychód wykonawcy netto za rok 2015 wyniósł (...) zł z czego 92,56% tj. (...) zł pochodził od zamawiającego, o którym mowa w art. 67 ust. 8 ustawy Pzp.

9. 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 co następuje.

Lp.	Gmina	Przychody netto PLN w 2015 roku	Przychody netto PLN w 2016 roku	Przychody netto PLN w 2017 roku
Gminy udziałowców spółki				
1	Lębork	(...)	(...)	(...)
2	Miasto Puck	(...)	(...)	(...)
3	Krokowa	(...)	(...)	(...)
4	Nowa Wieś Lęb.	(...)	(...)	(...)
5	Władysławowo	(...)	(...)	(...)
6	Cewice	(...)	(...)	(...)
7	Wicko	(...)	(...)	(...)
8	Choczewo	(...)	(...)	(...)
9	Łeba	(...)	(...)	(...)
10	Linia	(...)	(...)	(...)
11	Łęczycze	(...)	(...)	(...)
	Razem	(...)	(...)	(...)

% udział w przychodach gmin udziałowców spółki		92,56	95,12	92,05
12	Podmioty komercyjne i osoby fizyczne	(...)	(...)	(...)
% udział w przychodach		7,44	4,88	7,95
13	Ogółem przychody	(...)	(...)	(...)

Zamawiający przekazał także następujące dokumenty:

- Sprawozdanie Zarządu z działalności jednostki Z(...) za rok 2017;
- Sprawozdanie Zarządu z działalności jednostki Z(...) za rok 2016;
- Sprawozdanie Zarządu z działalności jednostki Z(...) za rok 2015.

Na podstawie ww. dokumentów ustalono następujące wartości przychodów uzyskanych w latach 2015-2017 przez Wykonawcę CBK:

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 w tym	(...)	(...)	(...)
a) Sprzedaż dot. zagospodarowania odpadów	(...)	(...)	(...)
b) Sprzedaż surowców z odzysku	(...)	(...)	(...)
<i>Razem a)+b)</i>	(...)	(...)	(...)
c) Zmiana stanu produktów	(...)	(...)	(...)
d) Sprzedaż energii	(...)	(...)	(...)
e) Sprzedaż pozostała usług	(...)	(...)	(...)
2. Przychody finansowe	(...)	(...)	(...)
3. Pozostałe przychody operacyjne w tym	(...)	(...)	(...)
a) Amortyzacja śr.trw.sfinans. ze śr. obcych	(...)	(...)	(...)
b) Pozostałe przychody operacyjne	(...)	(...)	(...)
Ogółem przychody	(...)	(...)	(...)

Pismem z dnia 25 lipca 2019 r. (znak: (...)) zwrócono się do Wykonawcy CBK o:

1. *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” (kopia dokumentu w załączeniu), 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;*
2. *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 dokumentach pn.:*
 - *„Sprawozdanie Zarządu z działalności jednostki Z(...) za rok 2017”, str. 16, sekcja 2.2 tabela a) „Przychody” wiersz x „Ogółem przychody”;*
 - *„Sprawozdanie Zarządu z działalności jednostki Z(...) za rok 2016”, str. 18, sekcja 2.2 tabela a) „Przychody” wiersz x „Ogółem przychody”;*
 - *„Sprawozdanie Zarządu z działalności jednostki Z(...) za rok 2015”, str. 18, 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.

Pismem z dnia 1 sierpnia 2019 r. (wpływ do Urzędu w dniu 6 sierpnia 2019 r.) Wykonawca CBK przekazał następujące informacje.

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, Łęczycze) 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:	(...)	(...)	(...)
Przychody wykazane w dokumencie „% Udział w przychodach z zagospodarowania odpadów z terenu gmin udziałowców spółki w latach 2015 – 2017 r.”	(...)	(...)	(...)

Ponadto pismem z dnia 23 sierpnia 2019 r. (znak: (...)) 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.

Pismem z dnia 2 września 2019 r. (wpływ do Urzędu w dniu 9 września 2019 r.) Zamawiający wyjaśnił co następuje.

1. 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.
2. Do analizy procentowej brane były tylko przychody z zagospodarowania odpadów oraz przychody ze sprzedaży surowców wtórnych.
3. 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 związku z powyższym Prezes Urzędu zważył co następuje.

Stosownie do treści art. 67 ust. 1 pkt 14 ustawy Pzp, 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.

Zgodnie zaś z treścią art. 67 ust. 8 ustawy Pzp, 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.

Na podstawie uzyskanych w toku postępowania wyjaśniającego 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). Jednocześnie stwierdzić należy, iż 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 wątpliwości 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 należy przyjąć, 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 należy stwierdzić, 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 daje podstawę do przeprowadzenia następujących obliczeń.

Rok	Przychód obejmujący całą działalność Wykonawcy CBK (PLN)	Przychód ze sprzedaży surowców z odzysku (PLN)	Procent działalności Wykonawcy CBK jaką stanowi sprzedaż surowców z odzysku
2015	(...)	(...)	14,34%
2016	(...)	(...)	13,95%
2017	(...)	(...)	16,22%
Średnia	(...)	(...)	14,88%

Tym samym należy uznać, iż działalność niedotycząca 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.

Jednocześnie należy podkreślić, 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.

Reasumując stwierdzić należy, 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 Z(...) któremu udzielono zamówienia, był jedynym wykonawcą, z którym prowadzono negocjacje w toku postępowania o udzielenie zamówienia w trybie z wolnej ręki.

Jednocześnie uprzejmie informuję, iż zgodnie z art. 167 ust. 1 ustawy Pzp od wyniku kontroli doraźnej Zamawiającemu przysługuje prawo zgłoszenia do Prezesa Urzędu umotywowanych zastrzeżeń w terminie 7 dni od dnia doręczenia informacji o wyniku kontroli.