



Warszawa, 2020 roku

PREZES
URZĘDU ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

KND/27/20/DKZP

**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 Łęczyce ul. Długa 49 84-218 Łęczyce
Rodzaj zamówienia:	usługi
Rodzaj procedury:	zamówienie klasyczne
Przedmiot zamówienia:	zagospodarowanie odpadów komunalnych odebranych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych na terenie Gminy Łęczyce
Tryb postępowania:	zamówienie z wolnej ręki – art. 67 ust. 1 pkt 14 ustawy Prawo zamówień publicznych
Wartość zamówienia:	497 537,96 zł (115 392,53 euro)
Wszczęcie postępowania:	13.11.2018 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 z późn. zm., dalej: „ustawa Pzp”), Prezes Urzędu Zamówień Publicznych (dalej także: „Prezes Urzędu”) stwierdza naruszenie przez Zamawiającego przepisów:

1. 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;
2. art. 66 ust. 2 ustawy Pzp poprzez zamieszczenie ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy w Biuletynie Zamówień Publicznych przed wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia.

UZASADNIENIE

Ad 1)

W toku postępowania wyjaśniającego ustalono, iż w dniu 31 grudnia 2018 r. Zamawiający – Gmina Łęczyce zawarł umowę nr (...) z wykonawcą Z(...)(dalej: „CBK”) w przedmiocie *zagospodarowania odpadów komunalnych odebranych od właścicieli nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy z terenu Gminy Łęczyce* po przeprowadzeniu postępowania w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 14 ustawy Pzp.

Jako uzasadnienie zastosowania danej podstawy prawnej trybu udzielenia zamówienia Zamawiający wskazał w protokole postępowania co następuje.

A) 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 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.

B) Uzasadnienie faktyczne: Przedmiotem zamówienia jest zagospodarowanie odpadów komunalnych odebranych przez przedsiębiorcę wpisanego do rejestru działalności regulowanej na terenie Gminy Łęczycze, wyłonionego w drodze przetargu na odbiór i transport odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych z terenu Gminy Łęczycze.

Stosownie do art. 6d ust. 1 ustawy z dnia 13 września 1996 roku o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (...), wójt jest obowiązany udzielić zamówienia publicznego na odbieranie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości albo zamówienia publicznego na odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych. Ponadto zgodnie z art. 6d ust. 4 pkt 4, wójt określa w SIWZ instalacje, w szczególności regionalne instalacje do przetwarzania odpadów komunalnych, do których podmiot odbierający odpady od właścicieli nieruchomości jest obowiązany przekazać odebrane odpady – w przypadku przetargu na odbieranie odpadów od właścicieli nieruchomości lub zobowiązuje do wskazania takich instalacji w ofercie – w przypadku przetargu na odbieranie i zagospodarowanie odpadów.

Wójt Gminy Łęczycze ogłosił dnia 16.10.2018 r. przetarg na odbiór i transport odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości na których zamieszkują mieszkańcy. Z uwagi na fakt, iż Gmina Łęczycze 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 dostarczyć odebrane odpady komunalne.

Zgodnie z umową spółki z ograniczoną odpowiedzialnością występującą 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 Łęczycze jako akcjonariusza spółki. W spółce nie ma bezpośredniego udziału kapitału prywatnego. Każdemu z udziałowców przysługuje ilość głosów Zgromadzenia Wspólników adekwatna do ilości posiadanych w spółce udziałów.

Gmina Łęczycze korzysta jako udziałowiec z preferencyjnych cen za zagospodarowanie odpadów, zgodnie z cennikiem usług.

Pismem z dnia 2 kwietnia 2019 r. (znak: (...)) poinformowano Zamawiającego o wszczęciu postępowania wyjaśniającego w sprawie przedmiotowego postępowania, zwrócono się o ustosunkowanie się do zarzutów Wnioskodawcy, jak również 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 potwierdzenia zamieszczenia na stronie podmiotowej Biuletynu Informacji Publicznej informacji o zamiarze zawarcia umowy oraz informacji o udzieleniu zamówienia w przedmiotowym postępowaniu;

5. szczegółowe uzasadnienie spełnienia przesłanek udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki w oparciu o treść art. 67 ust. 1 pkt 14 ustawy Pzp;
6. 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;
7. 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;
8. wskazanie, jaki procent udziałów wykonawcy CBK posiadał Zamawiający na dzień udzielenia zamówienia z wolnej ręki;
9. wyjaśnienie wraz z uzasadnieniem, czy istnieją inne aniżeli RIPOK Czarnówko prowadzony przez wykonawcę CBK regionalne instalacje przetwarzania odpadów komunalnych, do których zgodnie z prawem, w tym zgodnie z wojewódzkim planem gospodarki odpadami komunalnymi mogą być kierowane w celu zagospodarowania odpady komunalne z gminy łączące, których dotyczy przedmiotowe postępowanie w trybie z wolnej ręki;
10. wskazanie wartości szacunkowej zamówienia w trybie z wolnej ręki;
11. przekazanie informacji, czy przedmiotowe zamówienie było współfinansowane ze środków UE.

Pismem z dnia 12 kwietnia 2019 r. (wpływ do Urzędu w dniu 15 kwietnia 2019 r.) Zamawiający przekazał żądane dokumenty oraz wyjaśnił co następuje.

(...)

5. Uzasadnienie spełnienia przesłanek art. 67 ust. 1 pkt 14 Pzp.

Uzasadnienie prawne:

14) 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 poszczególne przedstawiciele mogą 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.

Ad 14 a)

- w skład organu decyzyjnego wchodzi Wójt Gminy Łęczyce – przedstawiciel Gminy Łęczyce – jako udziałowiec spółki. Gmina Łęczyce należy do Zgromadzenia Wspólników, które jest najważniejszą władzą Spółki.
- zgodnie z umową spółki, stanowiącą załącznik nr 1 do niniejszego pisma, zamawiający wywiera wpływ na cele oraz decyzje osoby prawnej. Każdemu z udziałowców Spółki CBK przysługuje ilość głosów Zgromadzenia Wspólników adekwatna do ilości posiadanych w spółce udziałów. Do kompetencji Wspólników należy m.in.: podejmowanie decyzji dotyczących uchwał o podziale zysku lub o sposobie pokrycia strat, rozpatrywanie i zatwierdzanie sprawozdania Zarządu Spółki, wybór i odwołanie członków Rady Nadzorczej, wyrażanie zgody na nabycie przez Spółkę nieruchomości lub urządzeń, decydowanie o zmianie umowy Spółki i inne – zgodnie z umową spółki.
- osoba prawna nie działa w interesie sprzecznym z interesami zamawiających, którzy sprawują nad nią kontrolę – celem spółki jest działalność związana m.in. ze zbieraniem, przetwarzaniem i unieszkodliwianiem odpadów oraz odzysk surowców. Spółka została powołana aby prowadzić działalność związaną z gospodarką odpadami.

Ad 14 b)

Zgodnie z załącznikiem nr 2 dokonano procentowego obliczenia udziału przychodów, który wynosi 93,24%. Do obliczenia poziomu wzięto pod uwagę średni przychód w odniesieniu do usług, dostaw lub robót budowlanych za 3 lata poprzedzające udzielenie zamówienia, tj. za lata 2015-2017.

Ad 14 c)

Zgodnie z umową spółki, stanowiącą załącznik nr 1 do niniejszego pisma, w kontrolowanej osobie prawnej nie ma bezpośredniego kapitału prywatnego.

6. 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. Do obliczenia procentu działalności uwzględniono średni przychód osiągnięty w odniesieniu do usług, dostaw lub robót budowlanych za 3 lata poprzedzające udzielenie zamówienia. Kopia dokumentów, które stanowiły podstawę dokonania wyliczenia, stanowi załącznik nr 2 i nr 3 do niniejszego pisma.

Uzasadnienie: do obliczenia procentu działalności zastosowania sposób wskazany w art. 67 ust. 8 Pzp. W omawianym przypadku nie było podstaw zastosowania art. 67 ust. 9.

Ad 7. Średni przychód osiągnięty przez Wykonawcę, tj. Z(...) w odniesieniu do usług, dostaw lub robót budowlanych za 3 lata poprzedzające udzielenie zamówienia, z uwzględnieniem procentowego udziału przychodów uzyskiwanych od Zamawiającego wyniósł 10 360 255,96 zł. Został obliczony na podstawie danych zawartych w załączniku nr 2 i nr 3 do niniejszego pisma.

Ad 8. Na dzień udzielenia zamówienia z wolnej ręki Z(...) posiadała 6 808 udziałów, Gmina Łęczyce obejmuje 152 udziały, co stanowi 2,23% udziałów wykonawcy CBK.

Ad 9. Gmina Łęczyce należy do Północnego Regionu gospodarki odpadami. Na terenie tego regionu funkcjonują inne RIPOKi aniżeli RIPOK Czarnówko, jednakże zgodnie z art. 20 ust. 2 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (t. j. Dz.U. z 2018 r. poz. 992 z późn. zm.) odpady, które nie mogą być przetworzone w miejscu ich powstania, przekazuje się, uwzględniając hierarchię sposobów postępowania z odpadami oraz najlepszą dostępną technikę, o której mowa w art. 207 ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. Prawo ochrony środowiska, lub technologię, o której mowa w art. 143 tej ustawy, do najbliższych położonych miejsc, w których mogą być przetworzone, w związku z tym odpady z gminy Łęczyce kierowane są do Z(...).

Ad 10. Wartość szacunkowa zamówienia 537 341,06 zł brutto (497 537,96 zł netto).

Ad 11. Przedmiotowe zamówienie nie było finansowane ze środków UE.

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	Łęczyce	(...)	(...)	(...)
	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	(...)	(...)	(...)

Jednocześnie należy wskazać, iż Prezesowi Urzędu dostępne są 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

– które zostały uzyskane w toku postępowania wyjaśniającego prowadzonego w sprawie oznaczonej jako WK/114/19/DKZP, KND/21/2020 o zbliżonym stanie faktycznym, gdzie zamówienie w przedmiocie zagospodarowania odpadów komunalnych zostało udzielone wykonawcy CBK w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 14 ustawy Pzp przez jednego z zamawiających-udziałowców spółki CBK, tj. Gminę Nowa Wieś Lęborska.

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 Z(...) 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.”	(...)	(...)	(...)

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 oraz uzyskanych w toku postępowania wyjaśniającego i kontroli doraźnej w sprawie oznaczonej jako WK/114/19/DKZP, KND/21/2020 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 i dokumentów uzyskanych w toku postępowania wyjaśniającego i kontroli doraźnej, w tym 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 wątplenia 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 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, 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.

Niezależnie od powyższego wskazać należy, iż w uchwale Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 czerwca 2020 r. (sygn. akt KIO/KD 28/20) wydanej na kanwie sprawy o zbliżonym stanie faktycznym, Krajowa Izba Odwoławcza uznała, iż zamawiający – Gmina Nowa Wieś Lęborska nie wykazał wypełnienia się warunków zastosowania art. 67 ust. 1 pkt 14 ustawy Pzp, a w konsekwencji – że zastrzeżenia zamawiającego do informacji o wyniku kontroli nie zasługują na uwzględnienie.

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 CBK, któremu udzielono zamówienia, był jedynym wykonawcą, z którym prowadzono negocjacje w toku postępowania o udzielenie zamówienia w trybie z wolnej ręki.

Ad 2)

W toku postępowania wyjaśniającego oraz kontroli doraźnej ustalono, iż Zamawiający zamieścił ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 24 października 2018 r. pod numerem 500255746-N-2018.

Jednocześnie stwierdzono, iż Zamawiający przesłał zaproszenie do negocjacji wykonawcy CBK w dniu 13 listopada 2018 r., co wynika z daty wskazanej na zaproszeniu do negocjacji, jak również z treści pkt 6 protokołu postępowania.

W związku z powyższym Prezes Urzędu zważył co następuje.

Zgodnie z treścią art. 2 pkt 7a) ustawy Pzp, *ilekroć w ustawie jest mowa o postępowaniu o udzielenie zamówienia – należy przez to rozumieć postępowanie wszczynane w drodze publicznego ogłoszenia o zamówieniu lub przesłania zaproszenia do składania ofert albo przesłania zaproszenia do negocjacji w celu dokonania wyboru oferty wykonawcy, z którym zostanie zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego, lub – w przypadku trybu zamówienia z wolnej ręki – wynegocjowania postanowień takiej umowy.*

Stosownie zaś do treści art. 66 ust. 2 ustawy Pzp, zamawiający, po wszczęciu postępowania, może odpowiednio zamieścić w Biuletynie Zamówień Publicznych lub przekazać do Urzędu Publikacji Unii Europejskiej ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy zawierające co najmniej:

- 1) nazwę (firmę) oraz adres zamawiającego;
- 2) określenie przedmiotu oraz wielkości lub zakresu zamówienia;
- 3) uzasadnienie wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki;
- 4) nazwę (firmę) albo imię i nazwisko oraz adres wykonawcy, któremu zamawiający zamierza udzielić zamówienia.

Tym samym uznać należy, iż wszczęcie postępowania o udzielenie zamówienia w trybie z wolnej ręki następuje z chwilą przesłania zaproszenia do negocjacji w celu wynegocjowania postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego, co w przedmiotowej sprawie nastąpiło w dniu 13 listopada 2018 r. Jednocześnie art. 66 ust. 2 ustawy Pzp przewiduje możliwość zamieszczenia ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy w Biuletynie Zamówień Publicznych dopiero po wszczęciu postępowania, podczas gdy w przedmiotowej sprawie Zamawiający dokonał powyższej czynności dnia 24 października 2018 r., tj. przed wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia.

Reasumując stwierdzić należy, iż Zamawiający poprzez zamieszczenie ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy w Biuletynie Zamówień Publicznych przed wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia naruszył art. 66 ust. 2 ustawy Pzp.

Powyższe naruszenie nie miało wpływu na wynik postępowania.

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.