



Urząd Gminy Elk
ul. T. Kościuszki 28A, 19-300 Elk
tel. +48 87 619 45 50, faks +48 87 619 45 01
e-mail: ug@elk.gmina.pl, www.elk.gmina.pl

Elk, dnia 12.05.2022 r.

Uzasadnienie trybu zamówienia z wolnej ręki IN-HOUSE

„Odbiór odpadów komunalnych z terenu Gminy Elk od właścicieli nieruchomości zamieszkałych w okresie od 01.01.2023 r. do 31.12.2025 r.”

Przedmiotem zamówienia objęta jest usługa odbioru i transportu odpadów komunalnych w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 888). Konkretyzując zakres zamówienia obejmuje odbiór i transport odpadów komunalnych „u źródła”, z kategorii nieruchomości o których mowa w art. 6c ust. 1 u.c.p.g. (nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy) oraz 6c ust. 2b u.c.p.g. (nieruchomości, które w części stanowią nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy, a w części nieruchomości na których nie zamieszkują mieszkańcy). Zgodnie z art. 6d ust. 1 u.c.p.g. tak określony zakres zamówienia, może stać się przedmiotem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego udzielanego w każdym z trybów znanych przepisom ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (dalej: „p.z.p.”) w tym w trybie zamówienia z wolnej ręki (nie wyłączając udzielenia zamówienia in-house w oparciu o art. 214 ust. 1 pkt 11 P.z.p.).

Zamówienie, będące przedmiotem postępowania, na potrzeby którego sporządzono niniejsze ogłoszenie, udzielane jest przez Gminę Elk, Zakładowi Usług Gminnych Gmina Elk Sp. z o.o. na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 11 P.z.p., zgodnie z którym *„Zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki, jeżeli zamówienie udzielane jest przez zamawiającego, o którym mowa w art. 4 i art. 5 ust 1 pkt 1, osobie prawnej, jeżeli spełnione są łącznie następujące warunki:*

- a) *zamawiający sprawuje nad tą osobą prawną kontrolę, odpowiadającą kontroli sprawowanej nad własnymi jednostkami, polegającą na dominującym wpływie na cele strategiczne oraz istotne decyzje dotyczące zarządzania sprawami tej osoby prawnej; warunek ten jest również spełniony, gdy kontrolę taką sprawuje inna osoba prawna kontrolowana przez zamawiającego w taki sam sposób,*

- b) *ponad 90% działalności kontrolowanej osoby prawnej dotyczy wykonywania zadań powierzonych jej przez zamawiającego sprawującego kontrolę lub przez inną osobę prawną, nad którą ten zamawiający sprawuje kontrolę, o której mowa w lit. a,*
- c) *w kontrolowanej osobie prawnej nie ma bezpośredniego udziału kapitału prywatnego*

Zamówienie w trybie z wolnej ręki zostanie udzielone na podstawie art. 214 ust. 1 pkt. 11 ustawy Prawo zamówień publicznych (Pzp). Spełnione są łącznie wszystkie warunki określone w art. 214 ust.1 pkt. 11 ppkt a-c ustawy Pzp:

- 1. Zamówienie udzielane jest przez zamawiającego Gminę Ełk, o którym mowa w art. 4 i art 5 ust.1 pkt. 1 Pzp, osobie prawnej – Zakładowi Usług Gminnych Gmina Ełk sp. z o.o. (ZUG Gmina Ełk sp. z o.o.)*
- 2. Kontrolę prawną nad ZUG Gmina Ełk sp. z o.o. odpowiadającą kontroli sprawowanej nad własnymi jednostkami sprawuje Gmina Ełk która posiada w niej 100% udziałów*
- 3. Ponad 90% działalności ZUG Gmina Ełk sp. z o.o. dotyczy zadań powierzonych przez Gminę Ełk i została ona powołana w celu realizacji zadań powierzonych przez Gminę Ełk 4). W ZUG Gmina Ełk sp. z o.o. nie ma bezpośredniego udziału kapitału prywatnego.*

Przedstawione dane w najwyższym stopniu potwierdzają i uzasadniają stan faktyczny pozwalający potwierdzić, iż udzielenie zamówienia spółce komunalnej Zakład Usług Gminnych Gmina Ełk spółka z.o.o. w trybie zamówienia z wolnej ręki zgodnie z art. 214 ust. 1 pkt. 11 jest zgodne z obowiązującymi przepisami Prawa Zamówień Publicznych.

Wszystkie wskazane w art. 214 ust. 11 pkt. a)-c) przesłanki muszą zaistnieć kumulatywnie, aby możliwe było udzielenie zamówienia. Jednocześnie katalog ww. przesłanek stanowi enumeratywne wyliczenie okoliczności warunkujących udzielenie tzw. klasycznego zamówienia in-house. Takie stanowisko wynika wprost z przepisów Pzp.

Na aktualność ww. interpretacji wskazała KIO w wyroku z dnia 16 grudnia 2020 r., KIO 3069/20. W przywołanym wyroku Izba uznała, że zdaniem składu orzekającego Izby. powyższe wypowiedzi są również aktualne w tej sprawie. pomimo powołania się przez Odwołującego na wyrok TSUE z 3 października 2019 r. w sprawie C-285/18 Irgita. (...) Generalnie w powyższym wyroku Trybunał po raz kolejny potwierdził, że państwa członkowskie mają swobodę w zakresie wyboru sposobu świadczenia usług, który uznają za najbardziej odpowiedni (co wynika jednoznacznie z pkt 31 preambuły dyrektywy klasycznej). (...) Powyższy wyrok TSUE nie oznacza przyznania wykonawcom dodatkowej ochrony przed decyzjami zamawiających o zastosowaniu wyłączenia in-house, rozumianej jako nałożenie na tych ostatnich obowiązku każdorazowego wykazania zaistnienia dodatkowych. w stosunku do wynikających z art. 12 dyrektywy klasycznej, jeżeli takie wprost nie zostały wprowadzone przez krajowego prawodawcy."

Łączne zaistnienie wszystkich ww. przesłanek warunkujących udzielenie zamówienia na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 11 P.z.p. wynika z tego, że:

- 1) Gmina Ełk, jest podmiotem obowiązany do stosowania ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (dalej: „P.z.p. ”) w związku z kwalifikowaniem się go grona zamawiających na podstawie art. 4 pkt 1 P.z.p. (Gmina Ełk jest jednostką sektora finansów publicznych w rozumieniu ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych — art. 9 pkt 2 wskazanej ustawy),
- 2) Zakład Usług Gminnych Sp. z o.o. posiadają osobowość prawną — art. 12 ustawy z dnia 15 września 2000 r. — Kodeks spółek handlowych w związku z uzyskaniem wpisu do KRS,
- 3) Gmina Ełk, sprawuje nad Zakładem Usług Gminnych Gmina Ełk Sp. z o.o. kontrolę, odpowiadającą kontroli sprawowanej nad własnymi jednostkami, polegającą na dominującym wpływie na cele strategiczne oraz istotne decyzje dotyczące zarządzania sprawami tej osoby prawnej.

Zakład Usług Gminnych Gmina Ełk Sp. z o.o. jest spółką komunalną, powstałą na podstawie uchwały Rady Gminy Ełk Nr LII/366/2017 z dnia 29 września 2017 r. Spółce tej w akcie założycielskim powierzono wykonywanie zadań własnych tej jednostki samorządu. Obszarem działalności spółki jest Gmina Ełk, zadania spółka wykonuje w pierwszej kolejności na rzecz wspólnika.

W Spółce 100% udziałów posiada Gmina Ełk. Jak wskazuje się w doktrynie „Gminy niewątpliwie mają znaczny wpływ na określenie kierunków działalności spółki (np. statut, regulamin organizacyjny itd.), mogą też kontrolować jej poczynania (np. poprzez Radę Nadzorczą, uchwały Zgromadzenia Wspólników), pomimo to jednak spółka zachowuje autonomię, m.in. może podejmować działania o charakterze komercyjnym” (J. Pawelec, Komentarz do art. 12 dyrektywy 2014/24/UE [w:] Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE. Komentarz, Warszawa 2017, SIP Legalis).

„W istocie rzeczy status prawny spółki gminnej jest pochodną statusu prawnego jej wspólnika i założyciela zarazem, czyli jednostki samorządu terytorialnego. Jakkolwiek tego rodzaju relacja i zależność pomiędzy spółką i jej założycielem zawsze występuje, to w przypadku spółek komunalnych jest ona przez ustawodawcę szczególnie silnie eksponowana, a wynika to z ustawy o samorządzie gminnym oraz ustawy o gospodarce komunalnej. Wiąże się z faktem, że spółka wykonuje zadania należące do gminy, w zakresie spółce powierzonym, a jej działanie nie jest nastawione przede wszystkim na zysk, lecz ma zaspokajać zbiorowe potrzeby wspólnoty samorządowej. Powołane przepisy wskazują, że gospodarka komunalna jest to działalność jednostek samorządu terytorialnego polegająca na wykonywaniu nałożonych na nie ustawowo zadań określonego rodzaju. Natomiast spółka prawa handlowego, podobnie jak i zakład budżetowy, to forma wykonywania przez jednostki samorządu terytorialnego tychże zadań. Z tego stwierdzenia nasuwa się wniosek, że spółka komunalna oraz zakład

budżetowi, jedynie swoistymi instrumentami w rękach gminy, która decyduje o ich utworzeniu, przedmiocie ich działalności, a także o ich likwidacji. Ponadto funkcjonowanie spółki komunalnej nie musi oznaczać całkowitego pozbawienia rady gminy i jej organu, jakim jest komisja rewizyjna, prawa kontroli nad danym wycinkiem gospodarki komunalnej, **co stanowi odrębną, nieprzewidzianą przepisami ksh metodę kontroli odpowiadającą kontroli sprawowanej nad własnymi jednostkami**". (zob. wyrok KIO z dnia 21 kwietnia 2017 r., 1(10 625/17).

Na gruncie powszechnie obowiązujących przepisów prawa Gminie przysługuje m.in. uprawnienie do zmiany umowy Spółki, możliwość decydowania o podwyższeniu lub obniżeniu kapitału zakładowego, a także do rozpatrzenia i zatwierdzenia sprawozdania zarządu z działalności Spółki oraz sprawozdania finansowego. Gmina nie jest ograniczona w żaden sposób umową spółki w wykonywaniu prawa z posiadanych 100% udziałów. Ponadto, Gmina (na gruncie ustawy o zbiorowym zaopatrzeniu w wodę i zbiorowym odprowadzaniu ścieków) posiada szereg uprawnień o charakterze administracyjno-prawnym, które pozwalają jej na sprawowanie pełniejszej kontroli nad Spółką, jako przedsiębiorstwem wodociągowo-kanalizacyjnym. Mianowicie, zgodnie z rzeczoną ustawą Gminie przysługuje uprawnienie do wydania zezwolenia na zbiorowe zaopatrzenie w wodę i zbiorowe odprowadzanie ścieków (patrz: art. 16 tej ustawy), a także uprawnienie do uchwalenia wieloletniego planu rozwoju i modernizacji urządzeń wodociągowych i urządzeń kanalizacyjnych. Gmina również na mocy przepisów ustawy o zbiorowym zaopatrzeniu w wodę i zbiorowym odprowadzaniu ścieków oraz ustawy o gospodarce komunalnej posiada również uprawnienia do ustalania lub zatwierdzania regulaminów świadczenia przez Spółkę kluczowych, stanowiących główny przedmiot działalności usług o publicznych (obecnie związanych ze zbiorowym zaopatrzeniem w wodę i zbiorowym odprowadzaniem ścieków) – (Uchwała LXX/469/2018 Rady Gminy z 31.08.2018r.).

Mając powyższe na względzie, należy wskazać, za wyrokiem KIO z dnia 4 października 2019 r., KIO 1842/19, „okolicznością mogącą wpływać na to, że sam fakt posiadania 100% udziałów w spółce i wykonywania kompetencji przyznanych z tego Tytułu na gruncie właściwych przepisów kodeksu spółek handlowych, jest ograniczenie tych kompetencji na gruncie innych regulacji - czy to ustawowych czy wewnętrzorganizacyjnych. (..)". W analizowanym stanie faktycznym takich rozwiązań limitujących nie ma (ani ustawowych ani korporacyjnych). W konsekwencji zasadne jest przyjęcie, że Gmina Ełk sprawuje nad Zakładem Usług Gminnych Gmina Ełk Sp. z o.o. kontrolę analogiczną.

Należy podkreślić również, że umocnienie kontroli analogicznej Gminy nad Spółką wynika również z więzi korporacyjnych które w umowie spółki nie zostały w żaden sposób ograniczone, m.in. z tego, że Gmina jest jedynym podmiotem uprawnionym m.in. do: wyboru i odwołania członków rady nadzorczej, tworzenia funduszy w spółce, określania zasad kształtowania wynagrodzeń członków zarządu i członków rady nadzorczej, nabycia i zbycia nieruchomości, użytkowania wieczystego lub udziału w

nieruchomości lub użytkowaniu wieczystym oraz do ustanowienia na nich ograniczonych praw rzeczowych. Gmina powołała również w akcie założycielskim obecny Zarząd Spółki.

Jak wskazano wcześniej działalność spółki na rzecz Gminy która ją utworzyła stanowi zasadniczą część działalności. Spełnienie opisanych powyżej warunków umożliwia przyjęcie że spółka jest podmiotem zależnym Gminy służącym jej do wykonywania zadań własnych nawet jeśli nie jest to zależność bezpośrednia (tak: wyrok TS z 08.04.2008 r. w sprawie C-337/05, wyrok TS z 19.04.2007 r w sprawie C-295/05, wyrok KIO z 21.04.2017 KIO 625/17).

W Zakładzie Usług Gminnych Gmina Ełk Sp. z o.o. nie ma bezpośredniego udziału kapitału prywatnego. Przywołany powyżej warunek udzielenia zamówienia na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 11 c) P.z.p., uzależnia zastosowanie wskazanego trybu od istnienia / nieistnienia w kontrolowanej osobie prawnej bezpośredniego udziału kapitału prywatnego. W stosunku do Spółki, w której całość udziałów (100%) należy do Gminy Ełk, warunek ten jest spełniony.

Zweryfikowane przez Gminę zestawienia tabelaryczne na potwierdzenie spełnienia warunku z art. 214 ust. 1 pkt. lit b) wz. z art. 214 ust.5 ustawy Pzp stanowi załącznik nr 1 do niniejszego uzasadnienia.

Mając na względzie powyższe, w zaistniałym stanie faktycznym spełniły się wszystkie wyrażone w art. 214 ust. 1 pkt 11 a)-c) P.z.p. przesłanki warunkujące udzielenie przez Gminę Ełk, Zakładowi Usług Gminnych Sp. z o.o. zamówienia w trybie zamówienia z wolnej ręki IN-HOUSE.

W imieniu Zamawiającego

WÓJT
mgr Tomasz Gusewski

Załączniki do uzasadnienia:

1. Wyczenia w zakresie średniego przychodu ZUG Gmina Ełk za lata 2019-2021.
2. Uchwała Rady Gminy Ełk nr LII/366/2017 z dnia 29 września 2017 r. w sprawie wyrażenia woli utworzenia spółki komunalnej
3. Protokół Nadzwyczajnego Zgromadzeni Wspólników Spółki Zakład Usług Gminnych Gmina Ełk sp.z.o.o. z siedziba w Ełku z dnia 14 stycznia 2020 r.
4. Porozumienie w sprawie określenia zasad współpracy i eksploatacji tranzytowej sieci wodociągowej.
5. Umowa przeniesienia praw i obowiązków.
6. Decyzja Państwowe Gospodarstwo Wodne Wody Polskie
7. Uchwała RG VIII/44/2019 z dnia 28 marca 2019 r. w sprawie przyjęcia Regulaminu Dostarczania wody i odprowadzania ścieków na terenie Gminy Ełk.

Sporządził: Data 12.05.2022 r.

Marcin Supiński Naczelnik Wydziału Gospodarki Komunalnej i Zamówień Publicznych