

Uzasadnienie faktyczne i prawne udzielenia zamówienia na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 11 P.z.p.

Zamówienie, będące przedmiotem postępowania na potrzeby, którego sporządził niniejszy dokument stanowiący uzupełnienie ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy przez Gminę Świebodzin (dalej: „Miasto”, „Gmina”), podmiotowi wewnętrznemu tj. spółce Zakład Wodociągów Kanalizacji i Usług Komunalnych spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Młyńska 37, 66-200 Świebodzin, wpisanej do Krajowego Rejestru Sądowego przez Sąd Rejonowy w Zielonej Górze, VIII Wydział Gospodarczy Krajowego Rejestru Sądowego pod nr KRS 0000032476, REGON: 970327589; NIP 9270009205 (dalej: „Spółka” lub „ZWKiUK sp. z o.o.”), udzielane jest 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”*

Wszystkie wskazane powyżej 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 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (zwana dalej „P.z.p.”), jak i znajduje potwierdzenie m.in. w wyroku KIO z dnia 27 grudnia 2018 r., KIO 2567/18 (który zachowuje aktualność w świetle aktualnej ustawy), gdzie Izba wskazała, że z „przepisów ustawy pzp nie wynika, aby dla dzielenia z wolnej ręki zamówienia tzw. in-house konieczne było spełnienie innych przesłanek, niż wprost wymienione w art. 67 ust. 1 pkt 14 pzp. Jest to właśnie jeden z określonych w ustawie pzp wyjątków, do których odsyła art. 10 ust. 2 pzp, od zasady prymatu trybów najbardziej konkurencyjnych (czyli przetargów: nieograniczonego i ograniczonego) z art. 10 ust. 1 pzp. Innymi słowy z przepisów art. 10 pzp wynika, że w razie spełnienia przesłanek udzielenia zamówienia z wolnej ręki określonych w ustawie pzp nie dochodzi do naruszenia zasady z ust. 1, gdyż w takim przypadku znajduje zastosowanie wyjątek, o którym mowa w ust. 2. W takiej sytuacji nie zostaje również naruszony art. 7 ust. 1 pzp, gdyż oczywiste jest, że w trybie zamówienia z wolnej ręki, którego istotą jest brak jakiegokolwiek konkurencji dla jedyne

wykonawcy, trudno w ogóle rozważać na czym miałyby polegać zapewnienie przez zamawiającego przestrzegania uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami, a zasada równego traktowania wykonawców przez zamawiającego jest bezprzedmiotowa. (...) Ujmując to w szerszej perspektywie - konstrukcja art. 67 pzp jest taka, że ust. 1 w pkt od 1 do 15 zawiera taksatywne wyliczenie wszystkich sytuacji, w których zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki, przy czym na każdą z nich składają się określone przesłanki, które łącznie muszą być spełnione. Wykazanie spełnienia się tych przesłanek jest konieczne, a zarazem wystarczające, aby zamawiający mógł udzielić zamówienia w trybie z wolnej ręki. (...) Powyższe przepisy ustawy pzp - zarówno co przesłanek określających zamówienie in-house, jak i zakresu wymaganego udowodnienia wystąpienia tej sytuacji w danym postępowaniu - nie poddają się wykładni, prezentowanej w odwołaniu jako prounijna, gdyż jej sugerowany rezultat - w postaci konieczności uzasadniania wystąpienia dodatkowych przesłanek, wywodzonych z art. 18 ust. 1 dyrektywy klasycznej - stanowiłby w istocie wykładnię contra legem przepisów ustawy pzp. Tymczasem, jak sam zauważył Odwołujący, o ile w ustawie pzp zamówienie in-house zostało ujęte jako jeden z przypadków uzasadniających udzielenie zamówienia w trybie z założenia wyłączającym konkurencję, o tyle według dyrektywy, po spełnieniu przesłanek z art. 12 ust. 3 (analogicznych do określonych w art. 67 ust. 1 pkt 14 pzp), zamówienia takie nie są w ogóle objęte zakresem jej zastosowania. W takiej sytuacji nie ma możliwości badania innego, niż przez pryzmat tych przesłanek, czy udzielenie zamówienia in-house nie stanowi nieuzasadnionego wyłączenia danego zamówienia z zakresu zastosowania dyrektywy lub przejaw sztucznego zawężania konkurencji.”.

Na aktualność ww. interpretacji wskazała KIO w wyroku z dnia 16 grudnia 2020 r., KIO 3069/20. W przywołanym wyroku uznano, 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, przesłanek, jeżeli takie wprost nie zostały wprowadzone przez krajowego prawodawcę.”.

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 Świebodzin, jest podmiotem obowiązany do stosowania ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (dalej: „P.z.p.”) w związku z kwalifikowaniem się do grona zamawiających na podstawie art. 4 pkt 1 P.z.p. (Gmina Świebodzin 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 Wodociągów Kanalizacji i Usług Komunalnych spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, jest osobą prawną – art. 12 ustawy z dnia 15 września 2000 r. – Kodeks spółek handlowych w związku z uzyskaniem wpisu do KRS,
 3. Gmina Świebodzin, sprawuje nad Spółką kontrolę, odpowiadającą kontroli sprawowanej nad własnymi jednostkami, polegającą na dominującym wpływie na cele strategiczne oraz istotne decyzje dotyczące zarządzania sprawami tej osoby prawnej.

ZWKiUK spółka z ograniczoną odpowiedzialnością jest spółką, w której 100% udziałów posiada Gmina Świebodzin. 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 tylko formy wykonywania przez jednostki samorządu terytorialnego tychże zadań. Z tego stwierdzenia nasuwa się wniosek, że spółka komunalna oraz zakład budżetowy są 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., KIO 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.

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 wewnątrzorganizacyjnych. (...)*“. W analizowanym stanie faktycznym takich rozwiązań limitujących nie ma (ani ustawowych ani korporacyjnych). W konsekwencji zasadne jest przyjęcie, że Gmina sprawuje nad Spółką, kontrolę analogiczną.

Należy podkreślić, że umocnienie kontroli analogicznej Gminy nad Spółką wynika również z więzi korporacyjnych. Umocnienie kontroli analogicznej wynika m.in. z następujących postawień aktów korporacyjnych:

- 1) §11 umowy spółki zgodnie z który „Zgromadzenie Wspólników podejmuje uchwały w sprawach przewidzianych w niniejszej umowie Spółki oraz w Kodeksie spółek handlowych, z zastrzeżeniem ust. 2 niniejszego paragrafu. Zgromadzenie Wspólników podejmuje uchwały w szczególności w następujących sprawach:
 - 1) Rozpatrzenie i zatwierdzenie sprawozdania Zarządu z działalności Spółki i sprawozdania finansowego za ubiegły rok obrotowy,
 - 2) udzielenie absolutorium członków organów Spółki z wykonania przez nich obowiązków,
 - 3) powzięcie uchwały o podziale zysku albo pokrycia straty,
 - 4) postanowienie dotyczące roszczeń o naprawienie szkody wyrządzonej przy zawiązaniu Spółki lub sprawowaniu zarządu albo nadzoru,
 - 5) zbycie i wydzierżawienie przedsiębiorstwa lub jego zorganizowanej części oraz ustanowienie na nich ograniczonego prawa rzeczowego,
 - 6) zwrotu dopłat,
 - 7) zawarcie umowy holdingowej, o której mowa w art. 7 ksh,
 - 8) zmiany umowy Spółki,
 - 9) przekazanych Zgromadzeniu Wspólników do rozstrzygnięcia przez Zarząd lub wspólnika,
 - 10) ustalenie zasad wynagradzania członków Rady Nadzorczej,
 - 11) określenie strategii prowadzenia działalności gospodarczej przez Spółkę,
 - 12) określenie zasad kształtowania wynagrodzeń Członka Zarządu zgodnie z przepisami ustawy o zasadach kształtowania wynagrodzeń osób kierujących niektórymi spółkami lub innej ustawy, która ją w przyszłości zastąpi“
- 2) §10 ust. 6 umowy spółki, który przewiduje, że w zakres kompetencji Rady Nadzorczej wchodzi m.in.:
 1. sprawowanie stałej kontroli nad działalnością Spółki,
 2. coroczne badanie sprawozdania zarządu z działalności spółki i sprawozdania finansowego,

3. rozpatrywanie i opiniowanie wniosków zarządu co do podziału zysków lub pokrycia strat,
 4. składanie wobec Zgromadzenia Wspólników corocznego pisemnego sprawozdania z wyników badania rachunków oraz z przeprowadzonych kontroli,
 5. stawianie wniosków na Zgromadzeniu Wspólników o udzielenie Zarządowi Spółki absolutorium.
- 3) § 6 ust. 1 umowy, który wskazuje, że udziały w kapitale zakładowym Spółki zostają objęte w całości przez Gminę Świebodzin.
 - 4) § 5 ust. 5, zgodnie z którym, Uchwałą Zgromadzenia Wspólników podjętą w terminie do dnia 31 grudnia 2025 r. kapitał zakładowy może zostać podwyższony – jednorazowo lub w kilku etapach – bez zmiany umowy spółki do kwoty 50.000.000,00 zł (słownie: pięćdziesiąt milionów złotych). Powzięcie uchwały wymaga zgody wszystkich wspólników, reprezentujących 100% kapitału zakładowego.

Dodatkowo przewiduje się umocnienie ww. więzi kontrolnej również w umowie, której zawarcie poprzedzone jest sporządzeniem niniejszego dokumentu.

Mając na uwadze powyższe należy uznać, że Gmina spełniła warunek dotyczący sprawowania nad Spółką kontroli, odpowiadającej kontroli sprawowanej nad własnymi jednostkami.

4. ponad 90% działalności Spółki dotyczy wykonywania zadań powierzonych jej przez Gminę Świebodzin lub inny podmiot kontrolowany analogicznie przez Gminę Świebodzin

Spółka powstała w 1993 r. i została powołana do działalności w sferze usług wodociągowo-kanalizacyjnych. W 2021 r. dokonano reorganizacji Spółki poprzez przekształcenie jej w podmiot wielobranżowy. ZWKiUK sp. z o.o. po podjęciu czynności reorganizacyjnych mocą decyzji strategicznej Miasta, uzyskał uprawnienia niezbędne do realizacji usług w sferze gospodarki odpadami komunalnymi, w szczególności:

- 1) dnia 3 marca 2020 r. w formie aktu notarialnego została podjęta Uchwała nr 3 Zgromadzenia Wspólników Spółki pod firmą Zakład Wodociągów Kanalizacji i Usług Komunalnych Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Świebodzinie w sprawie zmiany umowy spółki, w której m.in.: rozszerzono przedmiot działalności Spółki, w oparciu o Polską Klasyfikację Działalności (PKD), tj.:
 - zbieranie odpadów innych niż niebezpieczne (PKD 38.11.Z),
 - zbieranie odpadów innych niebezpiecznych (PKD 38.12.Z),
 - przetwarzanie i unieszkodliwianie odpadów niebezpiecznych (PKD 38.22.Z),
 - odzysk surowców z materiałów segregowanych (PKD 38.32.Z),
 - obróbka i usuwanie odpadów innych niż niebezpieczne (PKD 38.21.Z),
 - działalność związana z rekultywacją i pozostała działalność usługowa związana z gospodarką odpadami (PKD 39.00.Z),

- 2) dnia 20 sierpnia 2020 r. zawarto protokół uzgodnień warunków wniesienia aportem nieruchomości będącej własnością Gminy Świebodzin, zabudowanej oznaczonej ewidencyjnie działką nr 166/19 o pow. 1,7729 ha, położoną w jednostce ewidencyjnej: Świebodzin – obszar wiejski, obręb ewidencyjny: Jeziory, dla której Sąd Rejonowy w Świebodzinie prowadzi Księgę Wieczystą nr ZG1S/00022479/7, której część o pow. 15,2 ha zgodnie z miejscowym planem zagospodarowania stanowi teren z przeznaczeniem na cele miejsko-gminnego składowiska odpadów,
- 3) dnia 11 czerwca 2021 r. dostała decyzję orzekającą udzielenia Spółce zezwolenia na zbieranie odpadów komunalnych na Stacji Przeladunkowej Odpadów komunalnych na terenie działki nr 166/19, obręb 0006, m. Jeziory, 66-200 Świebodzin,
- 4) dnia 25 października 2021 r. została wpisana do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych.

Do 2021 r. Spółka prowadziła wyłącznie działalność w zakresie zbiorowego zaopatrzenia w wodę i zbiorowego odprowadzania ścieków. Reorganizacja Spółki polegała na rozszerzeniu zakresu usług użyteczności publicznej, które mocą decyzji władczo-właścicielskiej Gminy, Spółka realizuje na rzecz Gminy i jej mieszkańców. O zasadności kwalifikacji powyższego jako reorganizacji świadczy co najmniej to, że Spółka rozpoczęła działalność w całkowicie nowej dla siebie branży, która stanowi wyodrębniony sektor działalności gospodarczej. Na rynku krajowym, funkcjonuje szereg podmiotów, dla których realizacja usług odpadowych, w tym wyłącznie odbiorowych, stanowi jedyną i wyłączną przestrzeń działalności gospodarczej. Powyższe ukazuje, że jest to przestrzeń na tyle istotna, że może mieć charakter samoistny i samodzielny. Tym samym rozszerzenie spektrum działalności Spółki o prowadzenie działalności w sferze odpadów komunalnych, można uznać za reorganizację przedmiotową, modyfikującą profil działalności Spółki. Powyższe nie tylko przeobraziło profil działalności Spółki, ale również skutkowało zmianami organizacyjnymi, osobowo-kadrowymi, techniczno-infrastrukturalnymi oraz ekonomicznymi. W zakresie organizacyjnym, w szczególności dokonano zmian w:

- regulaminie wynagradzania wprowadzając nowe stanowiska oraz tabele zaszeregowania,
- regulaminie pracy wprowadzający nowe tabele przydziałów środków ochrony indywidualnej i odzieży roboczej, środków higieny osobistej oraz posiłków i napojów regeneracyjnych,
- schemacie organizacyjnym,
- polityce rachunkowej wprowadzając nowe rodzaje kosztów i przychodów,
- w zakresie BHP: dostosowano instrukcję eksploatacyjną, instrukcje bezpieczeństwa, wykaz stanowisk pracy, oceny ryzyka zawodowego itp.

W Spółce w 2020 r. utworzony został nowy Dział Gospodarki Odpadami w ramach którego zatrudniono Dyrektora ds. Gospodarki Odpadowej, Specjalistę ds. Logistyki oraz Kierowców i Operatorów pojazdów komunalnych. W ramach nowoutworzonego Działu Gospodarki Odpadami zatrudniono w Spółce 5 nowych osób.

Podjęte zostały działania związane z uzyskaniem formalnych zgód i decyzji na rozpoczęcie działalności odpadowej jak chociażby decyzji środowiskowej, operat przeciwpożarowy, decyzji na zbieranie odpadów. Przeprowadzono również procedurę przejęcia od Gminy Świebodzin w drodze aportu infrastruktury technicznej oraz biurowo-socjalnej po byłym składowisku odpadów w m. Jeziory 55. Mając na uwadze powyższe Spółka podjęła się również przeprowadzenia niezbędnego remontu pomieszczeń oraz szeregu zakupów inwestycyjnych związanych z wyposażeniem pomieszczeń biurowych i socjalnych.

W ramach przygotowań podjęto również negocjacje z firmą PREZERO dotychczasowym operatorem na terenie Gminy Świebodzin celem wydzierżawienia pojemników na odpady oraz odkupienia ścian oporowych niezbędnych do tymczasowego magazynowania odpadów. W wyniku negocjacji zawarto z firmą dwie umowy. Zawarto również umowę z firmą (Algeco Polska Sp. z o.o.) na wynajem kontenerów socjalnych z których uprzednio korzystała firma PREZERO.

Elementem istotnym był również zakup 2 szt. niezbędnych pojazdów komunalnych do odbioru odpadów wraz z pełnym wyposażeniem.

W związku z rozszerzeniem działalności Spółki o gospodarkę odpadową opracowano i wprowadzono na stronie internetowej Spółki nową zakładkę „ODPADY”. Umieszczono w niej istotne informacje dla mieszkańców Świebodzina dotyczące wywozu odpadów, a w szczególności harmonogramy ich odbioru, jak również informacje o sprzedaży pojemników i aktualnie obowiązujący cennik. Z myślą edukacyjną stworzono również istotne informacje dla mieszkańców gminy Świebodzin o prawidłowej segregacji i istocie recyklingu. W zakładce umieszczony został również wspólnie zrealizowany z Gminą Świebodzin „Eko Poradnik”, który zawiera m.in.: ważne wskazówki jak segregować odpady, co mieszkaniec Gminy Świebodzin może zrobić z odpadami niebezpiecznymi, jak działa PSZOK, gdzie może zakupić pojemniki na odpady oraz eko projekty w Budżecie Obywatelskim.

W 2021 r. z uwagi na planowane rozszerzenie działalności w zakresie zbiórki odpadów przez Spółkę, powiększono flotę samochodową o kolejne 2 szt. niezbędnych pojazdów komunalnych do odbioru odpadów wraz z pełnym wyposażeniem. Spółka dodatkowo przeprowadziła postępowanie publiczne na dostawę w formie leasingu kolejnych dwóch pojazdów komunalnych do odbioru odpadów wraz z pełnym wyposażeniem, które były niezbędne. Celem kontynuowania działań mających na celu podniesienie jakości obsługi klientów, ułatwienia komunikacji oraz umożliwienia zdalnego załatwiania spraw, Spółka rozszerzyła opracowanie i wdrożyła kolejne udogodnienia na stronie internetowej. Na dzień dzisiejszy Spółka dysponuje 6 pojazdami typu „śmieciarka” (4 zakupione z środków własnych Spółki oraz 2 leasingowane).

Spółka w ramach Działu Gospodarki Odpadami zatrudniła nowych pracowników, których liczba w porównaniu z 2020 r. wzrosła o 18 osób, co daje 23 pracowników zatrudnionych w

Spółce w 2021 r. w ramach Działu Gospodarki Odpadami. Na dzień dzisiejszy, stan osobowy wynosi 25,5 etatów w tym 2 etaty umysłowe, 10 etatów kierowców, 13 etatów ładowaczy i 0,5 etatu operatora ładowarki.

Jednocześnie nie budzi wątpliwości, że rozszerzenie zakresu działalności Spółki wpłynęło na strukturę przepływów finansowych. Przychodowe dane historyczne do 2021 r., w ogóle nie obejmowały przychodów z działalności nieistniejącej tj. działalności w sferze gospodarki odpadami komunalnymi. W konsekwencji dane te były nieadekwatne dla oceny stopnia zależności ekonomicznej Spółki od Gminy, w tym również dlatego, że rozszerzenie spektrum działalności Spółki jest wynikiem decyzji władczo-właścicielskiej Gminy. Wyłącznie holistyczne uwzględnienie całości przychodów Spółki, w tym wynikających z całego spektrum działalności, którą będzie realizować w okresie wykonywania zamówienia in-house, na potrzeby udzielenia, którego sporządzono niniejsze ogłoszenie, prawidłowo obrazuje stopień zależności Spółki od Gminy.

Od przeprowadzonej reorganizacji nie upłynął okres umożliwiający ustalenie stopnia zależności ekonomicznej Spółki od Gminy wyłącznie w oparciu o dane historyczne. Przeprowadzona w 2021 r. reorganizacja skutkuje aktualnie, nieadekwatnością danych historycznych za 3 poprzednie lata. W konsekwencji zastosowanie znajduje przepis art. 214 ust. 6 P.z.p. zgodnie z którym:

„W przypadku gdy ze względu na dzień utworzenia lub rozpoczęcia działalności przez osobę prawną lub zamawiającego lub reorganizację ich działalności dane dotyczące średniego przychodu za 3 lata poprzedzające udzielenie zamówienia są niedostępne lub nieadekwatne, procent działalności, o którym mowa w ust. 1 pkt 11 lit. b, pkt 12 lit. b, pkt 13 lit. b i pkt 14 lit. c, ustala się za pomocą wiarygodnych prognoz handlowych.”

Przywołany przepis znajduje zastosowanie w stanie faktycznym udzielania niniejszego zamówienia, albowiem ze względu na reorganizację ZWKiUK sp. z o.o. w 2021 r., nie istnieją adekwatne dane dotyczące średniego przychodu za 3 lata poprzedzające udzielenie zamówienia. ZWKiUK sp. z o.o. jest podmiotem, którego działalność została poddana reorganizacji, poprzez rozszerzenie przedmiotu działalności w zakresie odbioru odpadów, co w konsekwencji powoduje nieadekwatność danych dotyczących średnich przychodów w okresie wymaganym art. 214 ust. 5 P.z.p.

Mając na względzie ww. okoliczności stopień zależności ekonomicznej ZWKiUK sp. z o.o. od Gminy ustalono w oparciu o wiarygodną prognozę handlową, tj. dokumenty i informacje pozwalające prognostycznie ustalić przychody spółki w okresie 2023 – 2024 r. (na planowany okres udzielenia zamówienia in-house [zarówno gwarantowany jak i opcyjny]).

Mając na względzie wielobranżowość Spółki, wynikającą z rozszerzenia zakresu przedmiotowego działalności Spółki, prognozę handlową sporządzono z uwzględnieniem dotychczasowych, historycznych danych dotyczących przychodów Spółki (w zakresie

działalności w sferze wodno-kanalizacyjnej i gospodarki odpadowej) przy jednoczesnej projekcji przyszłościowej w zakresie przychodów z tej działalności (zakotwiczonej w danych historycznych). Przychody osiągnane we wskazanych branżach będą stanowić wszystkie przychody Spółki w 2023 i 2024 r.

Pełne dane historyczne dotyczące przychodów Spółki, które uwzględniono przy sporządzaniu analizy handlowej, obrazują dokumenty finansowe Spółki przekazane do KRS i opublikowane w KRS, do których Zamawiający odsyła w ramach niniejszego dokumentu, nie powielając ich treści.

Zgodnie z prognozą sporządzoną na potrzeby udzielenia niniejszego zamówienia, w 2023 i 2024 r. (tj. w okresie na który planuje się udzielić zamówienia) przychody Spółki będą kształtować się następująco:

- 1) w 2023 r. 91,43% przychodów ZWKiUK sp. z o.o. będzie generowanych z realizacji przez ZWKiUK sp. z o.o. zadań powierzonych przez Gminę Świebodzin,
- 2) w 2024 r. 91,52% przychodów ZWKiUK sp. z o.o. będzie generowanych z realizacji przez ZWKiUK sp. z o.o. zadań powierzonych przez Gminę Świebodzin.

Należy wskazać, że Spółka nie planuje obecnie wykonywania Działalności dodatkowej powiązanej z Usługami w okresie lat 2023-2025, co w połączeniu z regulacjami zawartymi m.in.: w aktach korporacyjnych Spółki, ma zapewnić, że w całym okresie udzielenia zamówienia in-house, zagwarantowane będzie spełnienie przesłanki wyrażonej w art. 214 ust. 1 pkt 11 lit. b) P.z.p.

Zamawiający wskazuje przy tym, że w okresie od 2018 r. do 2021 r. (w okresie poprzednich 3 lat) Spółka również była zależna ekonomicznie od Gminy w wymaganym przepisem art. 214 ust. 1 pkt 11 lit. b) stopniu. W:

- 1) 2019 r., 91,39% przychodów Spółki pochodziło z działalności powierzonej przez Miasto,
- 2) 2020 r., 89,38% przychodów Spółki pochodziło z działalności powierzonej przez Miasto,
- 3) 2021 r., 90,63% przychodów Spółki pochodziło z działalności powierzonej przez Miasto

a poziom przychodów w 3 letnim okresie wyniósł średnio 90,47%.

Powyższe wzmacnia realność danych prognostycznych oraz ukazuje trwałą zależność ekonomiczną Spółki od Miasta.

5. Brak udziału w Spółce bezpośredniego udziału kapitały prywatnego.

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

Mając na względzie powyższe, w zaistniałym stanie faktycznym spełniły się wszystkie wyrażone w art. 214 ust. 1 pkt 11 P.z.p. przesłanki warunkujące udzielenie przez Gminę Świebodzin, zamówienia in-house, Spółce.

Zamawiający utrzyma opisane powyżej warunki, nie krócej niż do czasu zakończenia umowy o realizację zamówienia publicznego, w którym to celu przewidział m.in. rozwiązania korporacyjne oraz kontraktowe mające zapewnić ten stan, jak również uchylić możliwość wystąpienia stanu przeciwnego.

Z up. BURMISTRZA
Anna Fabiś
ZASTĘPCA BURMISTRZA ŚWIEBODZINA