

GINA SĘPÓLNO KRAJEŃSKIE
woj. kujawsko-pomorskie

Numer referencyjny sprawy: IRG.271.12.2022

Uzasadnienie faktyczne i prawne
wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki

Podstawa prawna zastosowania trybu z wolnej ręki:

art. 305 pkt 1 ustawy w zw. z art. 214 ust. 1 pkt 11 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 ze zm.).

Podstawa faktyczna zastosowania trybu z wolnej ręki:

Zgodnie z art. 305 pkt 1: „Zamawiający może udzielić zamówienia w trybie zamówienia z wolnej ręki, jeżeli: 1) zachodzi jedna z okoliczności, o których mowa w art. 214 ust. 1 pkt 1-5 i 7-14 (...)”, w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zachodzi okoliczność określona w art. 214 ust. 1 pkt 11: „1. Zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki, jeżeli zachodzi co najmniej jedna z następujących okoliczności: (...) 11) 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; (...).”

a) W odniesieniu do warunku określonego w art. 214 ust. 1 pkt 11 lit. a), tj. powiązanie natury organizacyjnej, Zamawiający poniżej przedstawia argumenty na jego spełnienie:

Wymóg kontroli przewidziany w przepisach prawa polskiego ma na celu zagwarantowanie, że podmiot powierzający danemu podmiotowi zadanie sprawuje nad nim rzeczywistą kontrolę. Kontrola ta powinna się rozciągać zarówno na cele strategiczne podmiotu, jak i na ważne decyzje. Innymi słowy instytucja zamawiająca musi być w stanie sprawować strukturalną i funkcjonalną kontrolę nad tą jednostką. Niezbędne jest również by kontrola ta była skuteczna (Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 29 listopada 2012 r. w sprawie C-182/11 i C-183/11 Econord SpA, ECLI:EU:C:2012:758, pkt 27).

W oparciu o właściwe orzecznictwo Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej:

- Gmina posiada całość kapitału zakładowego spółki, której udzielona zamówienia (Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z 11 maja 2006 r. w sprawie C-340/04 Carbotermo SpA, ECLI:EU:C:2006:308, pkt 37),

- Zarząd Spółki składa się z osoby wyznaczonej przez Gminę działającą jako Zgromadzenie Wspólników (*Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 13 listopada 2008 r. w sprawie C-324/07 Coditel Brabant, ECLI:EU:C:2008:621, pkt 41.*),
- Została dokonana zmiana aktu założycielskiego spółki oraz reorganizacja jej działalności w ten sposób, że obszar działania Spółki został ograniczony do obszaru Gminy, natomiast przedmiot działania został ograniczony co do zasady do zadań spoczywających na Gminie jako zadania własne (*Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 10 września 2009 r. w sprawie C-573/07 Sea Srl, ECLI:EU:C:2009:532, pkt 73-76*),
- Wysokość wynagrodzenia uiszczanego na rzecz Spółki z tytułu realizowanych przez nią zamówień został ograniczony (*Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 19 kwietnia 2009 r. w sprawie C-295/05 Asemfo, ECLI:EU:C:2007:227, pkt 50*)
- Gmina działająca jako Zgromadzenie Wspólników posiada prawo do decydowania o zaciąganiu zobowiązań i rozporządzenia prawem o wartości powyżej 500.000 zł,
- Dodatkowa działalność, wykraczająca poza usługi w interesie publicznym jest ograniczona i ma charakter akcesoryjny (*Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 10 września 2009 r. w sprawie C-573/07 Sea Srl, ECLI:EU:C:2009:532, pkt 79-80*).

Obowiązujące obecnie postanowienia aktu założycielskiego Spółki jasno wskazują, że z jednej strony Gmina posiada decydujący wpływ na całokształt jej działalności, a z drugiej strony, że działania Spółki nie są zorientowane na rynek, lecz na zaspokajanie potrzeb Gminy.

b) W odniesieniu do warunku określonego w art. 214 ust. 1 pkt 11 lit. b), tj. powiązanie natury gospodarczej, Zamawiający poniżej przedstawia argumenty na jego spełnienie:

Wymóg by działalność danego podmiotu była skoncentrowana na realizacji zadań na rzecz podmiotu go kontrolującego tworzy więzi zależności ekonomicznej. Jest to o tyle istotne, że jak stwierdzono w doktrynie, cyt.: *„przesłanka zależności ekonomicznej jest równie istotna jak możliwość sprawowania kontroli - prowadzenie działalności na rzecz zamawiającego powoduje, iż jednostka uzależnia swoje istnienie od realizacji umów świadczonych na rzecz zamawiającego i nie może poprzez zyski z rynku konkurencyjnego usamodzielnic się, ograniczając skutki kontroli organizacyjnej. Omawiana przesłanka potwierdza również, że dana jednostka została utworzona lub funkcjonuje faktycznie (niezależnie od nabytej osobowości prawnej) jako oddział lub jednostka organizacyjna zamawiającego, a jej celem nie jest prowadzenie działalności na rynku konkurencyjnym w sposób uprzywilejowany. Zależność ekonomiczna nie wyklucza działalności rynkowej w wąskim zakresie, co w przypadku funkcjonowania przedsiębiorstw nastawionych na realizację zadań gospodarczych może być nie do uniknięcia.”* (Sołtysińska, Aleksandra. Art. 12. W: Komentarz do dyrektywy 2014/24/UE w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE, [w:] Europejskie prawo zamówień publicznych. Komentarz, wyd. III. Wolters Kluwer, 2016.)

Z art. 214 ust. 1 pkt 11 lit. b) ustawy Pzp wynika, że aby spełnić przedmiotową przesłankę: *„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”*.

W dalszych przepisach ustawy Pzp ustawodawca wyjaśnił, że do obliczenia wskazanego powyżej procentu uwzględnia się średni przychód osiągnięty przez osobę prawną lub zamawiającego w odniesieniu do usług, dostaw lub robót budowlanych za 3 lata poprzedzające udzielenie zamówienia – zgodnie z art. 214 pkt 5 ustawy Pzp, tj.: *„5. Do obliczania procentu działalności, o którym mowa w ust. 1 pkt 11 lit. b, pkt 12 lit. b, pkt 13 lit. b i pkt 14 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.”

Zgodnie ze sprawozdaniem finansowym za rok obrotowy 01.01.2019 – 31.12.2019, osiągnięty przez Spółkę przychód wynosi ~ **93,17 %**.

Zgodnie ze sprawozdaniem finansowym za rok obrotowy 01.01.2020 – 31.12.2020, osiągnięty przez Spółkę przychód wynosi **92,62 %**.

Zgodnie ze sprawozdaniem finansowym za rok obrotowy 01.01.2021 – 31.12.2021, osiągnięty przez Spółkę przychód wynosi ~ **90,13 %**.

Zgodnie z powyższymi danymi, przesłanka określona w art. 214 ust. 1 pkt 11 lit. b) ustawy Pzp została spełniona - „*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*”, dla Zakładu Transportu i Usług Sp. z o.o., ul. Baczyńskiego 6, 89-400 Sępólno Krajeńskie wartość spełniająca przedmiotową przesłankę wynosi **91,97 %**.

c) W odniesieniu do warunku określonego w art. 214 ust. 1 pkt 11 lit. c), tj. udział kapitału prywatnego, Zamawiający poniżej przedstawia argumenty na jego spełnienie:

Zgodnie z informacjami zamieszczonymi w Krajowym Rejestrze Sądowym Gmina Sępólno Krajeńskie posiada 1290 udziałów w Spółce o łącznej wartości 1 290 000,00 zł. W ten sposób cały kapitał Spółki jest w posiadaniu Gminy, a co za tym idzie brak możliwości udziału w nim kapitału prywatnego.