

**GINA SĘPÓLNO KRAJEŃSKIE**  
**woj. kujawsko-pomorskie**

Numer referencyjny sprawy: IRG.271.4.2023

**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 usamodzielnąć 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 01.01.2020 – 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 wynikiem finansowym za rok obrotowy 01.01.2022 – 31.12.2022, osiągnięty przez Spółkę przychód wynosi ~ **88,28 %**.

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 **90,34 %** (średni przychód za 3 lata poprzedzające udzielenie zamówienia).

**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.