

Uzasadnienie faktyczne i prawne udzielenia zamówienia na podstawie art. 305 pkt 1 w zw. z art. 214 ust. 1 pkt 11 P.z.p.

Zamówienie, będące przedmiotem postępowania na potrzeby, którego sporządzono niniejszy dokument stanowiący uzupełnienie ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy przez Miasto i Gminę Kórnik (dalej: „*Miasto*”, „*Gmina*”), podmiotowi wewnętrznemu tj. spółce WODKOM KÓRNIK Sp. z o.o., ul. Poznańska 71c, 62-035 Kórnik (dalej: „*Spółka*” lub „*WODKOM*”), udzielane jest na podstawie art. 305 pkt 1 w zw. z 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 P.z.p., jak i znajduje potwierdzenie m.in. w wyroku KIO z dnia 27 grudnia 2018 r., KIO 2567/18.

Łączne zaistnienie wszystkich ww. przesłanek warunkujących udzielenie zamówienia na podstawie art. 305 pkt 1 w zw. z art. 214 ust. 1 pkt 11 P.z.p. wynika z tego, że:

- 1. Miasto, 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 do grona zamawiających na podstawie art. 4 pkt 1 P.z.p. (Gmina jest jednostką sektora finansów publicznych w rozumieniu ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych – art. 9 pkt 2 wskazanej ustawy),**

2. WODKOM, jest osobą prawną – art. 12 ustawy z dnia 15 września 2000 r. – Kodeks spółek handlowych w związku z uzyskaniem wpisu do KRS,
3. Gmina 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.

WODKOM jest spółką komunalną w której Gmina posiada 100% udziałów. 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 również, że umocnienie kontroli analogicznej Gminy nad Spółką wynika również z więzi korporacyjnych. Umocnienie kontroli analogicznej wynika m.in. z następujących postanowień aktów korporacyjnych:

- 1) §16 Aktu założycielskiego, kreującego zakres kompetencji Zgromadzenia Wspólników, w którym mieści się m.in:
 - a) uprawnienie do zatwierdzania decyzji zarządu dotyczących podziału zysków i pokrycia strat,
 - b) udzielenie władzom Spółki pokwitowania z wykonania przez nie obowiązków,
 - c) rozszerzenie Spółki o nowych wspólników,
 - d) decydowania o przystąpieniu do innej spółki lub organizacji gospodarczej oraz wystąpieniu z niej,
 - e) zatwierdzanie regulaminu organizacyjnego Spółki, Zarządu, Zgromadzenia Wspólników, Rady Nadzorczej, Wyboru członków Rady Nadzorczej przez pracowników Spółki,
 - f) zmiana aktu założycielskiego Spółki,
 - g) likwidacja i rozwiązanie Spółki,
 - h) podejmowanie decyzji o tworzeniu oddziałów;
- 2) §17b Aktu założycielskiego, kreującego zakres kompetencji Rady Nadzorczej, w którym mieści się m.in:
 - a) badanie sprawozdania Zarządu Spółki,
 - b) składanie Zgromadzeniu Wspólników corocznego sprawozdania z wyników prowadzonej przez Spółkę działalności,
 - c) stawianie przed Zgromadzeniem Wspólników wniosków o udzielenie Zarządowi absolutorium,
 - d) opiniowanie wniosków o podziale zysków, bądź pokryciu strat,
 - e) opiniowanie wniosków dotyczących nabycia lub zbycia nieruchomości.

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 lub inny podmiot kontrolowany analogicznie przez Gminę.

Zgodnie z art. 214 ust. 5 P.z.p.:

„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.”

Zamawiający dokonał ustalenia stopnia zależności ekonomicznego Spółki od Gminy, w oparciu o sprawozdania finansowe Spółki oraz źródłowe dokumenty księgowe. Zamawiający uwzględnił cały zakres usług, dostaw i robót budowlanych, które realizowane były przez Spółkę w perspektywie 3 lat poprzedzających udzielenie zamówienia publicznego oraz przychody uzyskane przez Spółkę, jak również okoliczność, iż zamówienie zostanie udzielone nie wcześniej niż w styczniu 2025 r. Zamawiający dokonując weryfikacji zaktualizowania się przesłanki wyrażonej w art. 214 ust. 1 pkt 11 lit b) P.z.p. przeprowadził merytoryczną oraz formalną weryfikację poszczególnych źródeł przychodowych, w szczególności w kontekście:

- 1) kompletności i zupełności analizowanych danych przychodowych,
- 2) poprawności analizowanych danych przychodowych,
- 3) wysokości przepływów finansowych uzyskiwanych przez Spółkę,
- 4) dopuszczalności zakwalifikowania poszczególnych kategorii przepływów finansowych jako przychodów z realizacji usług, dostaw lub robót budowlanych,
- 5) dopuszczalności zakwalifikowania poszczególnych kategorii przepływów finansowych jako pochodzących z realizacji usług, dostaw lub robót budowlanych na skutek powierzenia przez Gminę,
- 6) niemożliwości zakwalifikowania konkretnych przepływów finansowych do kategorii o której mowa w pkt 5) powyżej.

W wyniku przeprowadzonej weryfikacji ustalono, że stopień zależności ekonomicznej Spółki od Miasta przekracza wymagany próg 90% w historycznym ujęciu przychodowym i na dzień udzielania zamówienia publicznego będzie osiągnięty w stopniu nie mniejszym niż 94,85%.



5. W Spółce nie ma bezpośredniego udziału kapitału 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, warunek ten jest spełniony.

Mając na względzie powyższe, w zaistniałym stanie faktycznym spełniły się wszystkie wyrażone w art. 305 pkt 1 w zw. z art. 214 ust. 1 pkt 11 P.z.p. przesłanki warunkujące udzielenie przez Gminę, zamówienia in-house, Spółce.

Zamawiający utrzyma opisane powyżej warunki, nie krócej niż do czasu zakończenia umowy o realizację zamówienia publicznego.


Z up. Burmistrza
mgr Sebastian Wlazły
Wiceburmistrz

