

Gołdap, dn. 04.07.2023 r.

### **Uzasadnienie trybu zamówienia z wolnej ręki IN- HOUSE**

**administrowania i prowadzenie parku zdrojowego wraz z pijalnią wód mineralnych i tężniami solankowymi w Gołdapi przy Promenadzie Zdrojowej nr 20 oraz toaletami automatycznymi zlokalizowanymi przy Promenadzie Zdrojowej oraz Placu Zwycięstwa w okresie od 1.08.2023 r. do 31.07.2024 r.**

Przedmiotem zamówienia objęta jest usługa administrowania i prowadzenia parku zdrojowego wraz z pijalnią wód mineralnych i tężniami solankowymi w Gołdapi przy Promenadzie Zdrojowej nr 20 oraz toaletami automatycznymi zlokalizowanymi przy Promenadzie Zdrojowej oraz Placu Zwycięstwa. 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: Pzp) w tym zamówienia z wolnej ręki (nie wyłączając udzielenia zamówienia in - house w oparciu o art. 214 ust. 1 pkt 11 Pzp).

Zamówienie, będące przedmiotem postępowania, udzielane jest przez Gminę Gołdap, Przedsiębiorstwu Wodociągów i Kanalizacji Spółka z o.o. na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 11 Pzp, 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 Pzp, 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. Spełnione są łącznie wszystkie warunki określone w art. 214 ust. 1 pkt 11, lit. a-c ustawy Pzp:

1. Zamówienie udzielane jest przez zamawiającego Gminę Gołdap, o którym mowa w art. 4 i art. 5 ust. 1 pkt. 1 Ustawy Pzp, osobie prawnej - Przedsiębiorstwu Wodociągów i Kanalizacji Spółka z o.o. (PWiK Gołdap Sp. z o.o.),
2. Kontrolę prawną nad PWiK Gołdap Sp. z o.o. odpowiadającą kontroli sprawowanej nad własnymi jednostkami sprawuje Gmina Gołdap, która posiada w niej 100% udziałów,
3. 98,98% działalności PWiK Gołdap Sp. z o.o. dotyczy zadań powierzonych przez Gminę Gołdapi, spółka została powołana w celu realizacji zadań powierzonych przez Gminę Gołdap,
4. W PWiK Gołdap 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 PWiK Gołdap Sp. z o.o. w trybie zamówienia z wolnej ręki zgodnie z art. 214 ust. 1 pkt 11 Pzp jest zgodne z obowiązującymi przepisami Prawa Zamówień Publicznych.

Wszystkie wskazane w art. 214 ust. 1 pkt 11 lit. a-c Pzp, 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 Prawo zamówień publicznych.

Na aktualność ww. interpretacji wskazywała 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 wykonawcą 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 Pzp wynika z tego, że:

- 1) Gmina Gołdap, jest podmiotem obowiązany do stosowania ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych w związku z klasyfikowaniem się do grona zamawiających na podstawie art. 4 pkt 1 Pzp (Gmina Gołdap jest jednostką sektora finansów publicznych w rozumieniu ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych – art. 9 pkt 2 wskazanej ustawy),
- 2) PWiK Gołdap Sp. z o.o. posiada osobowość prawną – art. 12 ustawy z dnia 15 września 2000 r. – Kodeks spółek handlowych w związku z uzyskaniem wpisu do KRS,
- 3) Gmina Gołdap sprawuje nad PWiK Gołdap 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.

PWiK Gołdap Sp. z o.o. jest spółką komunalną, powstałą na podstawie Aktu założycielskiego. Spółce tej w akcie założycielskim powierzono wykonanie zadań własnych tej jednostki samorządu. Obszarem działalności spółki jest Gmina Gołdap, zadania spółka wykonuje w pierwszej kolejności na rzecz wspólnika.

W spółce 100 % udziałów posiada Gmina Gołdap. 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 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 tych ze zadań. Z tego stwierdzenia nasuwa się wniosek, że spółka komunalna oraz zakład budżetowy, jedynie swoistymi instrumentami w rękach gminy, które decydują 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 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 publicznych (obecnie związanych ze zbiorowy zaopatrzeniem w wodę i zbiorowym odprowadzaniem ścieków).

Mając powyższe na względzie, należy wskazać, za wyrokiem KIO z dnia 4 października 2018 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 a gruncie innych regulacji – czy to ustawowych czy wewnątrzorganizacyjnych. (...)". W analizowanych stanie faktycznym takich rozwiązań limitujących nie ma (ani ustawowych, ani korporacyjnych). W konsekwencji zasadne jest przyjęcie, że Gmina Gołdap sprawuje nad PWiK Gołdap 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 PWiK Gołdap Sp. z o.o. nie ma bezpośredniego udziału kapitału prywatnego. Przywołany powyżej warunek udzielenia zamówienia na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 11 lit. c) Pzp., 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 Gołdap, warunek ten jest spełniony.

Mając na względzie powyższe, w zaistniałym, stanie faktycznych spełniły się wszystkie wyrażone w art. 214 ust. 1 pkt 11 lit. a-c Pzp przesłanki warunkujące udzielenie przez Gminę Gołdap, PWiK Gołdap Sp. z o.o. zamówienia w trybie zamówienia z wolnej ręki IN-HOUSE.

BURMISTRZ GOŁDAPI

*Tomasz Rafał Luto*

Z up. BURMISTRZA GOŁDAPI

*dh*  
mgr Jolanta Sztabińska  
Główny Specjalista  
ds. zamówień publicznych

Z up. BURMISTRZA

*JD*  
mgr inż. Jarosław Duchnowski  
ZASTĘPCA KIEROWNIKA  
Wydziału Infrastruktury i Inwestycji Komunalnych