**Uzasadnienie** prawne i faktyczne propozycji zastosowania innego trybu niż przetarg nieograniczony i przetarg ograniczony (o ile dotyczy) -

Zamówienie udzielane jest w trybie zamówienia z wolnej ręki na podstawie: art. 305 pkt 1 ustawy w zw. z art. 214 ust. 1 pkt 11 ustawy.

Zamówienie udzielane jest przez Gminę Międzyzdroje (dalej: „Gmina”), Zakładowi Wodociągów i Kanalizacji Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Międzyzdrojach (dalej: „Spółka”), 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.

**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

**UZASADNIENIE:**

Łączne zaistnienie wszystkich ww. przesłanek warunkujących udzielenie zamówienia

na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 11 Pzp wynika z tego, że:

- Gmina Międzyzdroje, jest podmiotem obowiązanym do stosowania ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych w związku z kwalifikowaniem się go grona zamawiających na podstawie art. 4 pkt 1 Pzp (Gmina jest jednostką sektora finansów publicznych w rozumieniu ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych – art. 9 pkt 2 wskazanej ustawy),

- Zakład Wodociągów i Kanalizacji Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Międzyzdrojach posiada osobowość prawną – art. 12 ustawy z dnia 15 września 2000 r. – Kodeks spółek handlowych w związku z uzyskaniem wpisu do KRS,

- Gmina Międzyzdroje, sprawuje nad Zakładem Wodociągów i Kanalizacji Spółka 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.

Zakład Wodociągów i Kanalizacji Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Międzyzdrojach jest spółką komunalną, powstałą na podstawie uchwały nr XXXIII / 323 /05 Rady Miejskiej w Międzyzdrojach z dnia 26 sierpnia 2005 w sprawie przekształcenia Zakładu Wodociągów i Kanalizacji w Międzyzdrojach. Zakład budżetowy pod nazwą Zakład Wodociągów i Kanalizacji w Międzyzdrojach zwany dalej „Zakładem” został przekształcony przez likwidację w jednoosobową spółkę Gminy Międzyzdroje z ograniczoną odpowiedzialnością pod nazwą „Zakład Wodociągów i Kanalizacji spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Międzyzdrojach.

W Spółce 100% udziałów posiada Gmina Międzyzdroje i wykonuje pełne prawo głosu z przysługującym jej udziałem na zgromadzeniu wspólników. 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).

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 to 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.

Zgodnie z Art. 212 § 1 ustawy Ksh „Prawo kontroli służy każdemu wspólnikowi. W tym celu wspólnik lub wspólnik z upoważnioną przez siebie osobą może w każdym czasie przeglądać księgi i dokumenty spółki, sporządzać bilans dla swego użytku lub żądać wyjaśnień od zarządu”. Umowa Spółki nie zawiera wyłączenia tegoż prawa.

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 posiada szereg uprawnień o charakterze administracyjno-prawnym, które pozwalają jej na sprawowanie pełniejszej kontroli nad Spółką, jako przedsiębiorstwem wodociągowo-kanalizacyjnym (ustawa o zbiorowym zaopatrzeniu w wodę i zbiorowym odprowadzaniu ścieków).

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 ograniczeniem tych kompetencji na gruncie innych regulacji - czy to ustawowych czy wewnątrzorganizacyjnych. (..)“. W  analizowanym stanie faktycznym takich rozwiązań limitujących nie ma (ani ustawowych ani korporacyjnych). Zasadne jest więc przyjęcie, że Gmina Międzyzdroje sprawuje nad Zakładem Wodociągów i Kanalizacji Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Międzyzdrojach, kontrolę analogiczną.

 Umocnienie kontroli analogicznej wynika m.in. z następujących postanowień aktów korporacyjnych - Akt Notarialny nr 2306/2018: do wyłącznej kompetencji Zgromadzenia Wspólników należą (Gmina jest jedynym wspólnikiem, posiadającym udziały, na które przypada 100% głosów spółki):

- rozpatrywanie i zatwierdzanie sprawozdań Zarządu i Rady Nadzorczej, bilansu oraz rachunku zysków i strat za ubiegły rok obrotowy;

- powoływanie i odwoływanie członków Rady Nadzorczej;

- postanowienia dotyczące roszczeń o naprawienie szkody wyrządzonej przy zawiązywaniu spółki lub sprawowania zarządu albo nadzoru;

- podjęcie decyzji o przeznaczeniu zysku, a w szczególności decyzji o podziale zysku, pokryciu strat albo przeznaczeniu zysku na kapitał zapasowy;

- zmiany umowy spółki oraz podwyższenie lub obniżenie kapitału zakładowego;

- rozwiązanie Spółki;

- uchwalenie Regulaminu pracy Rady Nadzorczej;

- uchwalenie Regulaminu pracy Zarządu Spółki;

- ustalenie zasad wynagrodzenia członków Rady Nadzorczej.

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

W myśl art. 219 ustawy KSH Rada Nadzorcza sprawuje stały nadzór nad działalnością Spółki we wszystkich dziedzinach jej działalności. Co więcej, Rada może badać wszystkie dokumenty Spółki, żądać od Zarządu i pracowników sprawozdań, wyjaśnień, a także dokonywać rewizji stanu majątku Spółki (Sygn. akt KIO 3069/20). Mimo, iż KSH daje swobodę do regulowania pracy Członków Rady Nadzorczej poprzez wyłączenie możliwości ich samodzielnego sprawowania prawa nadzoru, Umowa Spółki nie przewiduje takiego wyłączenia. Zgodnie z treścią aktu założycielskiego spółki, Radzie Nadzorczej zostały przyznane kompetencje m.in. do oceny sprawozdania Zarządu z działalności spółki oraz sprawozdania za ubiegły rok obrotowy w zakresie ich zgodności z księgami i dokumentami jak i ze stanem faktycznym, powoływania Zarządu Spółki, ustalanie zasad i wysokości wynagrodzenia członków zarządu spółki. Zarząd Spółki jest ograniczony uzyskaniem zgody Rady Nadzorczej na zaciąganie przez Spółkę zobowiązań finansowych (§ 17 ust. 8 umowy Spółki).

Należy wyraźnie stwierdzić, iż Spółka spełnia przesłanki podmiotu wewnętrznego. Żadnych wątpliwości nie powinien budzić fakt, iż wszystkie udziały obejmuje Gmina. Daje to tej jednostce decydującą pozycję w określaniu kierunku działań Spółki oraz jej ostatecznego kształtu. Zarząd Spółki w dużej mierze zależny jest od postanowień pozostałych Organów, które nie tylko kontrolują i badają jego działalność, ale również bezpośrednio oddziałują, a wręcz kształtują jego pracę. Rada Nadzorcza Spółki podejmuje uchwały w celu ustalenia celów zarządczych dla Zarządu Spółki oraz kryteria ich realizacji i rozliczenia.

**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,

**UZASADNIENIE:**

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.

W oparciu o dokumenty źródłowe oraz sprawozdania finansowe ustalono, że w okresie

od 1 stycznia 2021 r. do 31 grudnia 2023 r., spółka osiągnęła przychody w wysokości:

1) 8 277 301,70 zł w 2021 r. a przychody z realizacji świadczeń powierzonych

przez Gminę (sprzedaż wody i odprowadzanie ścieków) wynosiły 7 913 884,05 zł (95,61%),

2) 9 981 512,38 zł w 2022 r., a przychody z realizacji świadczeń powierzonych

przez Gminę (sprzedaż wody i odprowadzanie ścieków) wynosiły 9 561 603,72 zł (95,80%),

3) 11 604 551,38 zł w 2023 r, a przychody z realizacji świadczeń powierzonych

przez Gminę (sprzedaż wody i odprowadzanie ścieków) wyniosły 11 002 156,56 zł (94,81%).

4) 2 192 148,62 zł za okres styczeń-marzec 2024 r., a przychody z realizacji świadczeń powierzonych przez Gminę (sprzedaż wody i odprowadzanie ścieków) wyniosły 2 162 866,07 zł (98,66%).

Uwzględniając powyższe, przychody Spółki w okresie poprzednich 3 lat, w ponad 90% są

przychodami pochodzącymi z realizacji zadań powierzonych przez Gminę.

Mając na względzie wymóg wynikający z art. 214 ust. 1 pkt 11 lit b) należy uznać za

spełniony.

c) w kontrolowanej osobie prawnej nie ma bezpośredniego udziału kapitału prywatnego;

**UZASADNIENIE:**

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 udziału kapitału prywatnego. Spółka jako spółka komunalna jest osobą prawną. Jak wynika z odpisu z Krajowego Rejestru Sądowego dla Spółki, jedynym jej wspólnikiem jest Gmina Międzyzdroje. Powyższe oznacza, że w kapitale zakładowym Spółki, brak jest bezpośredniego udziału kapitału prywatnego.

\*\*\*

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