

Dotyczy: zamówienia publicznego w trybie z wolnej ręki, na podstawie art. 305 pkt 1 w zw. z art. 214 ust. 1 pkt 13 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych na: „*Odbiór i transport odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych na terenie gminy Rajgród*”, numer referencyjny: ZPI.271.2.2024

Uzasadnienie faktyczne i prawne wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki

Spełnione są przesłanki określone w **art. 305 pkt 1 w zw. z art. 214 ust. 1 pkt 13 ustawy Pzp**. Zamawiający wspólnie z innymi zamawiającymi (wspólnikami), sprawuje nad Wykonawcą kontrolę, która odpowiada kontroli sprawowanej przez nich nad własnymi jednostkami. W szczególności w skład organów decyzyjnych Wykonawcy wchodzi przedstawiciele wszystkich Wspólników, kontrolujący Zamawiający mogą wspólnie wywierać dominujący wpływ na cele strategiczne oraz istotne decyzje Wykonawcy, a Wykonawca nie działa w interesie sprzecznym z interesami Zamawiających sprawujących nad nim kontrolę. Ponadto 100% działalności Wykonawcy dotyczy wykonywania zadań powierzonych mu przez Zamawiających sprawujących kontrolę. W kapitale Wykonawcy nie ma bezpośredniego udziału kapitału prywatnego.

1. Sprawowanie kontroli

Gmina Rajgród jest zamawiającym, o którym mowa w art. 4 pkt 1 Pzp. Zamawiający wspólnie z innymi zamawiającymi, o których mowa w art. 4 pkt 1 i 4 Pzp, sprawuje nad Wykonawcą BiomTrans spółką z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Dolistowie Starym (dalej jako BT, Spółka lub Wykonawca) kontrolę, która odpowiada kontroli sprawowanej przez nich nad własnymi jednostkami. Kontrola sprawowana jest łącznie przez Zamawiającego oraz wspólników BT, tj. Gminę Augustów, Gminę Bargłów Kościelny, Gminę Goniądz, Gminę Grajewo, Gminę Janów, Gminę Jasionówka, Gminę Jaświły, Gminę Knyszyn, Gminę Korycin, Gminę Krypno, Gminę Lipsk, Gminę Nowinka, Gminę Sztabin i Związek Gmin „Kumiałka-Biebrza”. Wyłącznie wskazane podmioty, czyli zamawiający publiczni, są wspólnikami BT. BT jest spółką powołaną w celu wykonywania zadań własnych Gmin. Głównym celem działalności BT jest zaspakajanie potrzeb mieszkańców w zakresie zadań własnych Gmin, związanych z gospodarką odpadami poprzez świadczenie usług o charakterze użyteczności publicznej (§ 10 ust. 3 umowy Spółki BT). Przedmiotem działalności BT jest wyłącznie działalność związana ze zbieraniem, przetwarzaniem i unieszkodliwianiem odpadów, odzysk surowców i działalność związana z rekultywacją i pozostała działalność usługowa związana z gospodarką odpadami (§ 10 ust. 1 umowy Spółki BT). Terenem działalności Spółki jest wyłącznie obszar Gmin będących Wspólnikami Spółki (§ 5 umowy spółki BT). Spółka została powołana, aby działać w interesie Zamawiającego i pozostałych Wspólników Spółki. Wykonawca nie działa więc w interesie sprzecznym z interesami Zamawiających sprawujących nad nim kontrolę.

Zamawiający kontrolujący BT mają bezpośredni wpływ na skład organów decyzyjnych kontrolowanej Spółki.

Kontrolujący Zamawiający wywierają dominujący wpływ na cele strategiczne oraz istotne decyzje kontrolowanej osoby prawnej. Szereg uprawnień przyznaje kontrolującym Zamawiającym umowa spółki BT. W szczególności Zgromadzenie Wspólników decyduje o podziale zysku osiąganego przez BT, a także decyduje o sposobie pokrycia ewentualnej straty. Zgromadzenie Wspólników decyduje także o kierunku rozwoju Spółki i o jej planach działalności gospodarczej oraz zatwierdza roczne i wieloletnie plany finansowe i operacyjne. BT działa obecnie w oparciu o plan finansowy Spółki na rok 2024 r. zatwierdzony uchwałą nr 13/2023 Nadzwyczajnego Zgromadzenia Wspólników BT z dnia 28.12.2023 r. oraz Prognozę Handlową Spółki na lata 2023-2025 zatwierdzoną uchwałą nr 1/2023 Nadzwyczajnego Zgromadzenia Wspólników BT z dnia 25.01.2023 r.

Zgromadzenie Wspólników, poza kwestiami wynikającymi wprost z przepisów prawa, podejmuje decyzje również w następującym zakresie:

- 1) udziale BT w innych spółkach i przedsiębiorstwach,
- 2) zbywaniu, nabywaniu i obciążaniu nieruchomości,
- 3) kwestiach roszczeń naprawczych na skutek szkód wyrządzonych podczas tworzenia Spółki lub w trakcie zarządzania nią lub też wykonywania zadań przez Zarząd,
- 4) zbyciu i wydzierżawieniu przedsiębiorstwa lub jego zorganizowanej części oraz ustanowieniu na nich ograniczonego prawa rzeczowego,
- 5) zbyciu, nabyciu lub obciążeniu urządzeń służących do trwałego użytku Spółki o wartości powyżej kwoty 200.000,00 zł,
- 6) emisji obligacji,
- 7) połączeniu lub przekształceniu Spółki, tworzeniu i przystępowaniu do spółek, przystępowaniu do spółdzielni i występowaniu z nich,
- 8) podejmowaniu inwestycji, zaciąganiu zobowiązań lub zawieraniu umów o wartości przekraczającej kwotę 200.000,00 zł.

Prawo Wspólników do sprawowania indywidualnej kontroli nie zostało wyłączone ani ograniczone oraz nie ma jakichkolwiek ograniczeń w wykonywaniu przez Wspólników prawa głosu z posiadanych udziałów. Ograniczono jednocześnie możliwość zbycia i nabywania udziałów w Spółce przez podmioty trzecie, w szczególności poprzez przyznanie prawa pierwszeństwa Wspólnikom w objęciu zbywanych udziałów (§ 13 umowy Spółki BT) oraz prawa pierwszeństwa Wspólnikom w objęciu udziałów w podwyższonym kapitale zakładowym (§ 14 umowy spółki BT).

W skład organów decyzyjnych BT wchodzi przedstawiciele wszystkich uczestniczących zamawiających. Kontrolujący Zamawiający mają bezpośredni wpływ na skład zarówno organu zarządzającego, jak i nadzorczego BT.

Zgromadzenie Wspólników powołuje i odwołuje członków Rady Nadzorczej BT. Rada Nadzorcza powoływana jest spośród kandydatów przedstawionych przez Wspólników. Każdy Wspólnik ma prawo wskazania jednego kandydata na członka Rady Nadzorczej. Obecni

członkowie Rady Nadzorczej powołani zostali spośród kandydatów przedstawionych przez Wspólników, uchwałami podjętymi na Nadzwyczajnym Zgromadzeniu Wspólników w dniu 18.11.2022 r. Zgromadzenie Wspólników decyduje również o liczbie członków Rady Nadzorczej i wysokości wynagrodzenia członków Rady Nadzorczej. Zgromadzenie Wspólników zatwierdza również regulamin działania Rady Nadzorczej.

Rada Nadzorcza, z ramienia Wspólników, sprawuje nadzór nad działalnością Spółki. W szczególności Rada Nadzorcza posiada kompetencje w zakresie:

- 1) wyrażania zgody na podejmowanie inwestycji, zaciąganie zobowiązań lub zawieranie umów o wartości przekraczającej kwotę 100.000 zł, z wyjątkiem inwestycji, umów i zobowiązań, na które zgody udziela Zgromadzenie Wspólników,
- 2) zwoływania Nadzwyczajnych Zgromadzeń Wspólników, jeżeli zwołanie go uzna za wskazane, a Zarząd nie zwoła Zgromadzenia Wspólników w terminie dwóch tygodni od dnia zgłoszenia odpowiedniego żądania przez Radę Nadzorczą,
- 3) zawieszania z ważnych powodów członków Zarządu w pełnieniu obowiązków,
- 4) badania bilansu, rachunku zysków i strat oraz przepływu środków pieniężnych,
- 5) badania sprawozdania Zarządu Spółki,
- 6) stałego monitorowania stopnia realizacji przyjętych przez Zgromadzenie Wspólników w planach operacyjnych i finansowych parametrów ekonomicznych, docelowych wyników ekonomiczno-finansowych oraz zadań zleconych do wykonania Spółce,
- 7) dokonywania bieżących kontroli poszczególnych obszarów działalności Spółki,
- 8) egzekwowania od Zarządu terminowej realizacji obowiązków informacyjnych i sprawozdawczych wobec podmiotów wykonujących prawa z udziałów oraz reagowanie na stwierdzone nieprawidłowości,
- 9) monitorowania i kontrola istotnych dla Spółki decyzji Zarządu,
- 10) udzielania zgody Zarządowi lub wyrażania opinii dla Zgromadzenia Wspólników odnośnie podjęcia działań skutkujących wzrostem zobowiązań, udzielania gwarancji poręczeń majątkowych oraz w zakresie rozporządzania składnikami aktywów trwałych ponad limity wynikające z umowy Spółki.

Rada Nadzorcza powołuje i odwołuje członków Zarządu. Rada Nadzorcza nie ma swobody w wyborze członków Zarządu, gdyż są oni powoływani spośród kandydatów wskazanych przez Wspólników. Przed odwołaniem członków Zarządu Rada Nadzorcza zasięga opinii Wspólników, a następnie powiadamia Wspólników o podjęciu uchwały w sprawie odwołania. Uczestniczący Zamawiający mogą więc wspólnie wywierać dominujący wpływ na cele strategiczne oraz istotne decyzje kontrolowanej osoby prawnej. Ponadto w skład organów decyzyjnych Wykonawcy wchodzi przedstawiciele wszystkich uczestniczących Zamawiających. Każda z osób wchodzących aktualnie w skład Rady Nadzorczej BT stanowi przedstawiciela każdego ze Wspólników.

Należy mieć na względzie, że Zgromadzenie Wspólników (składające się z wszystkich uczestniczących zamawiających) posiada wyłączne uprawnienie do powoływania i odwoływania członków Rady Nadzorczej (co wynika z § 24 pkt 13 Umowy BT). Rada

Nadzorcza powoływana jest przez Zgromadzenie Wspólników, spośród kandydatów przedstawionych przez Wspólników. Każdy Wspólnik ma prawo wskazania jednego kandydata na członka Rady Nadzorczej, spełniającego wymogi, o których mowa w art. 19 ust. 1 – 3 i 5 ustawy z dnia 16 grudnia 2016 r. o zasadach zarządzania mieniem państwowym, z wyłączeniem wymogu posiadania pozytywnej opinii Rady do spraw spółek z udziałem Skarbu Państwa i państwowych osób prawnych (§ 30 ust. 1 Umowy Spółki). Również to Wspólnicy decydują o ewentualnym odwołaniu Członków Rady Nadzorczej, uchwałą podejmowaną większością 3/4 głosów (§ 30 ust. 4 Umowy Spółki BT). Zgromadzenie Wspólników, czyli również każdy z uczestniczących zamawiających, ma więc bezpośredni wpływ na skład Rady Nadzorczej. Każdy z Wspólników może bezpośrednio wskazać jedną osobę jako kandydata na członka Rady Nadzorczej. O tym, którzy z wskazanych kandydatów wejdą ostatecznie w skład Rady Nadzorczej, decydują Wspólnicy (Zgromadzenie Wspólników) w głosowaniu.

Z uwagi na ukształtowane w przepisach prawa zasady funkcjonowania spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, członek rady nadzorczej w spółce nie może stanowić przedstawiciela (reprezentanta) jednego, czy kilku wspólników. Członkowie rady nadzorczej zobowiązani są więc do działania w interesie spółki, a nie w interesie wspólników, czy też określonego wspólnika. Członek rady nadzorczej nie może reprezentować interesów wyłącznie jednego, czy też kilku wspólników. Ponadto każdy z Wspólników głosował „za” powołaniem każdej z osób aktualnie wchodzących w skład Rady Nadzorczej BT. W związku z tym, każdy z Członków Rady Nadzorczej BT stanowi przedstawiciela każdego z Wspólników.

Członek zarządu BT stanowi przedstawiciela wszystkich Wspólników.

Członków Zarządu BT powołuje Rada Nadzorcza, która zaś jest powoływana przez Zgromadzenie Wspólników (czyli wszystkich uczestniczących zamawiających). Taka struktura powoływania członków organów BT, zapewnia kontrolującym zamawiającym wpływ zarówno na skład Rady Nadzorczej, jak i skład Zarządu. Członków Zarządu powołują bowiem osoby wybrane przez Wspólników. Ponadto, zgodnie z § 34 ust. 2 umowy Spółki, Członkowie Zarządu powoływani są spośród kandydatów przedstawionych przez Zgromadzenie Wspólników. Wspólnikom zapewniono więc szerszy zakres kontroli w zakresie składu Zarządu niż wynikający z przepisów prawa.

Z uwagi na ukształtowane w przepisach prawa zasady funkcjonowania spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, członek zarządu w spółce nie może stanowić przedstawiciela (reprezentanta) jednego, czy kilku wspólników. Członek zarządu nie może reprezentować interesów wyłącznie jednego, czy też kilku wspólników. Członkowie zarządu zobowiązani są więc do działania w interesie spółki, a nie w interesie wspólników, czy też określonego wspólnika. W związku z tym, aktualny Członek Zarządu BT stanowi przedstawiciela każdego z Wspólników.

2. Wykonywanie działalności głównie na rzecz kontrolujących Zamawiających

Ponad 90% działalności Wykonawcy dotyczy wykonywania zadań powierzonych jej przez Zamawiających sprawujących nad nim kontrolę. W celu potwierdzenia procentowego udziału działalności wykonywanej przez BT w ramach zadań powierzonych mu przez Wspólników, w

stosunku do działalności ogółem, zlecono sporządzenie wiarygodnej prognozy finansowej. Ze względu na dzień utworzenia Wykonawcy (23.12.2021 r.), dane dotyczące średniego przychodu za 3 lata poprzedzające udzielenie zamówienia są niedostępne. Udział procentowy działalności wykonywanej na rzecz kontrolujących Zamawiających ustalono w oparciu o wiarygodną prognozę handlową. Sporządzenie prognozy finansowej zlecono niezależnemu rzeczoznawcy. Przedmiotem analizy rzeczoznawcy było:

- 1) dokonanie analizy i określenie, jaki procentowo zakres działalności BT, w okresie od dnia jej utworzenia do końca listopada 2022 r., dotyczył wykonywania zadań powierzonych jej przez podmioty sprawujące nad nią kontrolę (Gminy i Związek Gmin, będących współnikami Spółki),
- 2) sporządzenie wiarygodnej prognozy finansowej BT celem określenia, jaki procentowo zakres przyszłej działalności BT dotyczyć będzie wykonywania zadań powierzonych jej przez podmioty sprawujące nad nią kontrolę (Gminy i Związek Gmin, będących współnikami Spółki).

We wnioskach prognozy wielkości przychodów handlowych Wykonawcy na lata 2023 – 2026, sporządzonej w lutym 2023 r., stwierdzono, że:

- 1) w okresie od dnia utworzenia BT do końca listopada 2022 r. BT wykonywał działalność wyłącznie na rzecz podmiotów sprawujących kontrolę nad Spółką, czyli 100% działalności BT dotyczyło wykonywania zadań na rzecz Gmin będących współnikami BT,
- 2) w latach 2023 – 2026 100% działalności BT dotyczyć będzie wykonywania zadań na rzecz współników BT,
- 3) *„Na podstawie przeprowadzonych analiz można jednoznacznie stwierdzić, że BiomTrans spełnia przesłanki zawarte w art. 214 ust. 1 pkt 13 lit. b) PZP umożliwiające udzielenie powierzenia w trybie z wolnej ręki („in-house”) ponieważ udział zadań powierzonych przez Zamawiających (Wspólników), jak wykazano powyżej, wynosi 100% w każdym z analizowanych okresów 3-letnich”.*

Zgodnie więc z celem utworzenia BT, jakim jest wykonywanie zadań własnych Wspólników, 100% działalności BT dotyczy i dotyczyć będzie wykonywania zadań powierzonych mu przez Zamawiających sprawujących nad nim kontrolę.

3. Brak udziału kapitału prywatnego

W kontrolowanej osobie prawnej – BT, nie ma bezpośredniego udziału kapitału prywatnego. Wspólnikami BT są w/w Gminy i Związek Gmin. Posiadają oni wszystkie udziały BT. W kapitale BT nie ma więc bezpośredniego udziału kapitału prywatnego.

Załączniki:

- Prognoza Wielkości Przychodów Handlowych na lata 2023 – 2026.