Sygn. akt: KIO 731/21, KIO 747/21

WYROK
z dnia 22 czerwca 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Aleksandra Patyk
Członkowie: Irmina Pawlik
Katarzyna Poprawa
Protokolant:Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 czerwca 2021 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 marca 2021 r. przez:

A.wykonawcę **Spółka Gmin Dolnej Odry Sp. z o.o. z siedzibą w Chojnie** (sygn. akt: KIO 731/21),

B.wykonawcę **ATF Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Chojnicy** (sygn. akt: KIO 747/21),

w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Chojna** oraz **Gminę Widuchowa,**

przy udziale:

A.wykonawcy **ATF Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Chojnicy**zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt: KIO 731/21 po stronie Odwołującego,

B.wykonawcy **Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych w Chojnie Sp. z o.o. z siedzibą w Chojnie** zgłaszającego swoje przystąpienia do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt: KIO 731/21 oraz KIO 747/21 po stronie Zamawiających,

C.wykonawcy **Partner Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Warszawie**zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt: KIO 747/21 po stronie Odwołującego,

D.wykonawcy **M. M. prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą Usługi Komunalne „BŁYSK" M. M. w Łomży** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt: KIO 747/21 po stronie Odwołującego,

E.wykonawcy **Przedsiębiorstwo Oczyszczania Miasta EKO Sp. z o.o. z siedzibą w Kaliszu** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt: KIO 747/21 po stronie Odwołującego,

F.wykonawcy **W. B. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą „BYŚ" W. B. w Warszawie**zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt: KIO 747/21 po stronie Odwołującego,

orzeka:

1.Uwzględnia odwołanie w sprawie o sygn. akt: KIO 731/21 w zakresie zarzutu zawartego w punkcie 1. i 2.*petitum* odwołania oraz odwołanie w sprawie o sygn. akt: KIO 747/21 w zakresie zarzutu zawartego w punkcie 2.1, 2.2, 2.3, 2.4, 2.5, 2.6 oraz 2.7 *petitum* odwołania i nakazuje Zamawiającym – Gminie Chojna oraz Gminie Widuchowa unieważnienie prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia na podstawie art. 255 pkt 6 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 z późn. zm.).

2.Oddala odwołania w pozostałym zakresie.

3.Kosztami postępowania obciąża Zamawiających - **Gminę Chojna** oraz **Gminę Widuchowa** i:

3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 30 000 zł 00 gr (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego – wykonawcę **Spółka Gmin Dolnej Odry Sp. z o.o. z siedzibą w Chojnie** (sygn. akt: KIO 731/21) oraz Odwołującego – wykonawcę **ATF Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Chojnicy** (sygn. akt: KIO 747/21) tytułem wpisu od odwołań,

3.2. zasądza od Zamawiających – **Gminy Chojna** oraz **Gminy Widuchowa** na rzecz Odwołującego – wykonawcy **Spółka Gmin Dolnej Odry Sp. z o.o. z siedzibą w Chojnie** (sygn. akt: KIO 731/21) kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika,

3.3. zasądza od Zamawiających – **Gminy Chojna** oraz **Gminy Widuchowa** na rzecz Odwołującego – wykonawcy **ATF Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Chojnicy** (sygn. akt: KIO 747/21) kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 z późn. zm.) na niniejszy wyrok -
w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący: ……..

Członkowie: ……..
……..

Sygn. akt: KIO 731/21, KIO 747/21

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający – Gmina Chojna oraz Gmina Widuchowa [dalej „Zamawiający"] prowadzą postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie zamówienia z wolnej ręki na *świadczenie usługi odbioru i transportu odpadów komunalnych powstających na terenach nieruchomości zamieszkałych gminy Chojna i gminy Widuchowa oraz zagospodarowanie tych odpadów w latach 2021 i 2022* (znak postępowania: DIR.271.1.2021).

Ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 26 lutego 2021 r. pod numerem 2021/BZP 00011450/01.

Sprawa o sygn. akt: KIO 731/21

W dniu 8 marca 2021 r. wykonawca Spółka Gmin Dolnej Odry Sp. z o.o. z siedzibą w Chojnie [dalej „Odwołujący 1" lub „SGDO"] wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającym naruszenie:

1. art. 214 ust. 1 pkt 13 ustawy Pzp poprzez przyjęcie, że na w/w podstawie prawnej jest możliwe udzielenie zamówienia publicznego przez Zamawiającego 1 i Zamawiającego 2 dla Przedsiębiorstwa Usług Komunalnych Sp. z o.o. z siedzibą w Chojnie [dalej „PUK Chojna"], w sytuacji gdy zamawiający (obaj), nie mają nad ww. wykonawcą kontroli, odpowiadającą

kontroli, sprawowanej przez nich nad własnymi jednostkami;
2. art. 214 ust. 1 pkt 13 w związku z ust. 9 ustawy Pzp poprzez przyjęcie, że możliwe jest powierzenie zamówienia wykonawcy w trybie zamówienia in-house, który nie ma infrastruktury i nie spełnia wymogów do wykonania głównego przedmiotu zamówienia
w zakresie zagospodarowania odpadów;
3. art. 214 ust. 1 pkt 13 w związku z ust. 6 i ust. 7 ustawy Pzp poprzez niewykazanie przez Zamawiającego 1 i Zamawiającego 2 przesłanek do zastosowania trybu z wolnej ręki poprzez przyjęcie, że Zamawiający sprawują na PUK Chojna kontrolę a zakup 22 udziałów przez Zamawiającego 2 stanowi „reorganizację ich działalności", o której mowa w art. 214 ust. 6 ustawy Pzp a zakup udziałów może świadczyć o pozorności reorganizacji działalności;
4. art. 214 ust. 1 pkt 13 w związku z ust. 6 ustawy Pzp poprzez przyjęcie, że prognoza handlowa jest wiarygodna, podczas gdy obaj Zamawiający nie przedstawili żadnego dokumentu poświadczającego jej wiarygodność a zapis w ogłoszeniu zawiera stwierdzenie, że prognoza handlowa stanowi tajemnicę przedsiębiorcy; a który to dokument powinien stanowić własność i analizę Zamawiających.
Wobec ww. zarzutów Odwołujący 1 wniósł o:
1. merytoryczne rozpatrzenie przez KIO odwołania i jego uwzględnienie;
2. nakazanie Zamawiającemu unieważnienie postępowania na podstawie art. 255 pkt 6 ustawy Pzp ponieważ postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego polegającą na wszczęciu postępowania w trybie z wolnej ręki (niekonkurencyjnym);
3. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa prawnego, według norm przepisanych i zgodnie
z fakturą przedstawioną przez Odwołującego na rozprawie.
W uzasadnieniu odwołania Odwołujący 1 wskazał, iż w dniu 8 grudnia 2020 roku Rada Gminy Widuchowa podjęła uchwałę Nr XXIII/168/2020 w sprawie wyrażenia zgody na nabycie przez Gminę Widuchowa udziałów w PUK Chojna. W dniu 17 grudnia 2020 roku Rada Miejska w Chojnie podjęła uchwałę Nr XXVI/207/2020 w sprawie wyrażenia zgody na zbycie Gminie Widuchowa 22 udziałów w PUK Chojna. Tym samym Gmina Chojna stała się właścicielem 0,25% udziałów w spółce. Zamawiający 1 i Zamawiający 2 nie wskazali w jaki sposób sprzedaż 0,25% udziałów Gminie Widuchowa wpłynęła na reorganizację PUK Chojna, która uzasadniałaby zastosowanie przepisu art. 214 ust. 6 ustawy Pzp. Przepisy
art. 214 ust. 1 pkt 13 ustawy Pzp wskazują, że możliwe będzie udzielenie zamówienia
z wolnej ręki takiej osobie prawnej, nad którą zamawiający sprawuje kontrolę, odpowiadającą kontroli sprawowanej nad własnymi jednostkami, polegającą na dominującym wpływie na cele strategiczne oraz istotne decyzje dotyczące zarządzania sprawami tej osoby prawnej. Definicja "sprawowania kontroli nad jednostką" została zaczerpnięta bezpośrednio z art. 12 ust. 1 dyrektywy klasycznej, która uwzględniła w tym przepisie wnioski płynące
z orzecznictwa Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości, tj. przede wszystkim orzeczenia ws. Teckal (C- 107/98) oraz orzeczenia ws. Parking Brixen (C-458/03). Interpretacja pojęcia "sprawowania kontroli nad jednostką" wymaga zatem uwzględnienia przede wszystkim wykładni europejskiej i nie należy jej rozumieć tylko jako sprawowania kontroli administracyjnej nad taką jednostką. Jednostka kontrolowana przez zamawiającego to taka, której niezależność od zamawiającego ma charakter formalny (jest to odrębna osoba prawna), ale pozostaje zamawiającemu ściśle podległa. Podległość wyraża się poprzez pełną zależność organizacyjną i gospodarczą od instytucji zamawiającej. Zamawiający musi sprawować niezaprzeczalną kontrolę nad instytucją. Odwołujący 1 powołał się na wyrok Coditel (C-324/07), w którym ETS zauważył, że**istotne jest**, **by kontrola nad koncesjonariuszem** (jednostką zależną) **była skuteczna.** Wnioski płynące z tych orzeczeń potwierdzają, że odrębność prawna podległej zamawiającemu osoby prawnej ma tylko formalne znaczenie, a instytucja kontrolująca winna mieć bardzo szeroki wachlarz oddziaływań na jednostkę kontrolowaną, aby można jej było udzielić zamówienia z wolnej ręki.

Odwołujący 1 wskazał, że prawo zamawiającego, które polega jedynie na wykonywaniu kompetencji przyznanych z mocy prawa spółek (kodeks spółek handlowych), jest niewystarczające do stwierdzenia, że zamawiający sprawuje nad taką osobą prawną kontrolę odpowiadającą kontroli sprawowanej nad własnymi jednostkami - jeśli z innych regulacji wynika, że jest to prawo ograniczone. Posiadanie przez zamawiającego całości kapitału zakładowego osoby prawnej może być zatem uznane za niewystarczające do udzielenia takiej osobie prawnej zamówienia w trybie z wolnej ręki, jeśli np. z aktu powołującego osobę prawną wynika, że jednostka zamawiająca jest ograniczona
w wykonywaniu pełnego prawa głosu z przysługujących jej udziałów na walnym zgromadzeniu (zgromadzeniu wspólników) lub w jakikolwiek inny sposób nie ma pełnej swobody w ustalaniu celów strategicznych tej osoby prawnej etc. Kontrola odpowiadająca kontroli sprawowanej nad własnymi jednostkami nie oznacza przy tym, że musi być to kontrola identyczna jaką jednostka nadzorująca ma nad własnymi jednostkami organizacyjnymi, oznacza to natomiast, że każdorazowo musi to być kontrola skuteczna.

Kontrola odpowiadająca kontroli sprawowanej nad własnymi jednostkami, to taka, która polega na dominującym wpływie na cele strategiczne oraz istotne decyzje dotyczące zarządzania sprawami tej osoby prawnej. Poprzez dominujący wpływ na cele strategiczne należy rozumieć określanie przez instytucję zamawiającą celów instytucji podległej, a także możliwość zatwierdzania (i uchylania) celów projektowanych przez samą jednostkę. Odwołujący 1 podkreślał, iż tą kontrolę muszą sprawować obaj Zamawiający. Przepisy ustawy Pzp i Dyrektywy 2014/24/UE dopuszczają udzielenie zamówienia z wolnej ręki przez więcej niż jednego zamawiającego danej osobie prawnej, ale wyłącznie wtedy, gdy zamawiający ci sprawują nad tą spółką poziom kontroli określony w przepisie art 214 ust. 1 pkt 13 lit. a ustawy Pzp. Możliwość wydawania jednostce podległej wiążących poleceń (zarówno w ujęciu strategicznym, jak i działalności bieżącej) również jest przejawem kontroli spełniającej przesłanki z tego przepisu. Zamawiający nie wyjaśnił w jaki sposób Zamawiający 2, przy ilości udziałów jakie posiada, będzie sprawował skuteczną kontrolą na PUK Chojna. Mając 0,25% udziałów nie ma w rzeczywistości żadnego wpływu na działalność PUK Chojna.

Dalej Odwołujący 1 wskazał, że przepis art. 214 ust. 1 pkt 13 w związku z ust. 9 ustawy Pzp wskazuje, że możliwe jest powierzenie zamówienia wykonawcy w trybie zamówienia in-house, który nie spełnia wymogów do wykonania głównego przedmiotu zamówienia w zakresie zagospodarowania odpadów. Przedmiotem zamówienia jest „Świadczenie usługi odbioru i transportu odpadów komunalnych powstających na terenach nieruchomości zamieszkałych gminy Chojna i gminy Widuchowa oraz zagospodarowanie tych odpadów w latach 2021 i 2022". Te usługi są odrębne i niezależne od siebie. Odwołujący 1 podniósł, że PUK Chojna nie dysponuje instalacją do zagospodarowania odpadów komunalnych i nie prowadzi tego typu działalności - wpis w KRS PUK Chojna. Wykonawca, któremu udzielono zamówienia w trybie tzw. zamówienia in-house, „nie może powierzyć wykonania części zamówienia podwykonawcy,

która dotyczy głównego przedmiotu zamówienia". Główny przedmiot należałoby rozumieć jako części najważniejsze, najbardziej newralgiczne, stanowiące trzon zamówienia. Przy czym chodzi nie o ich ilość, lecz zakres przedmiotowy. W przypadku zamówienia w przedmiocie zagospodarowania i odbierania odpadów można tu mówić o usługach związanych z ich odbieraniem i transportem oraz zagospodarowaniem na wskazanej instalacji.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 14 czerwca 2021 r. wniósł
o odrzucenie odwołania z uwagi na naruszenie przez Odwołującego 1 dyspozycji art. 514 ust. 2 ustawy Pzp, a w przypadku nieuwzględnienia ww. wniosku - o oddalenie odwołania
w całości. Zamawiający w uzasadnieniu odpowiedzi na odwołanie przedstawił szeroką argumentację na poparcie prezentowanego stanowiska oraz załączył dowody na jego poparcie.

Sprawa o sygn. akt: KIO 747/21

W dniu 8 marca 2021 r. wykonawca ATF Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Chojnicy [dalej „Odwołujący 2" lub „ATF"] wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 214 ust. 1 pkt 13 ustawy Pzp w związku z art. 12 ust. 3 Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE („Dyrektywa 2014/24/UE") - poprzez przyjęcie, że możliwym jest udzielenie zamówienia wspólnie przez Zamawiającego 1 i Zamawiającego 2 wykonawcy PUK Chojna, podczas gdy Zamawiający 1 i Zamawiający 2 nie sprawują wspólnie nad PUK Chojna kontroli, która odpowiada kontroli sprawowanej przez ich nad własnymi jednostkami;
2. art. 214 ust. 1 pkt 13 ustawy Pzp w zw. z art. 216 ust. 1 w zw. z art. 272 ustawy Pzp w zw. z pkt. 4 ppkt 2) oraz pkt. 5 ppkt 2) załącznika nr 2 do rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii w sprawie ogłoszeń zamieszczanych w Biuletynie zamówień publicznych z dnia 23 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2439) [dalej „Rozporządzenie"] - poprzez brak zamieszczenia pełnego uzasadnienia faktycznego i prawnego wyboru trybu zamówienia
z wolnej ręki w Ogłoszeniu oraz poprzez brak podania krajowego numeru identyfikacyjnego podmiotu, z którym ma być zawarta umowa, podczas gdy informacje te są wymagane
i konieczne, co wynika wprost z przywołanych przepisów;
3. art. 214 ust. 1 pkt 13 ustawy Pzp w zw. z art. 216 ust. 1 w zw. z art. 272 ustawy Pzp w zw. z pkt. 3 ppkt 8) załącznika nr 2 do Rozporządzenia - poprzez brak zamieszczenia w krótkim opisie przedmiotu zamówienia w informacji o zamiarze zawarcia umowy zamieszczonej
w Ogłoszeniu informacji o wielkość i ilość usług lub określenie zapotrzebowania i wymagań, podczas gdy informacje te są wymagane i konieczne, co wynika wprost z przywołanych przepisów;
4. art. 214 ust. 1 pkt 13 w związku z art. 214 ust. 9 ustawy Pzp - poprzez przyjęcie, że możliwym jest udzielenie zamówienia wspólnie przez Zamawiającego 1 i Zamawiającego 2 wykonawcy PUK Chojna, którego przedmiotem ma być usługa odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych, powstających na nieruchomościach zamieszkałych, podczas gdy PUK Chojna nie posiada infrastruktury i możliwości świadczenia usług zagospodarowania tych odpadów, a tym samym nie jest możliwe, aby PUK Chojna osobiście wykonała kluczowe części zamówienia, które ma zostać udzielone tej spółce;
5. art. 214 ust. 1 pkt 13 w związku z art. 214 ust. 5 i 6 ustawy Pzp oraz art. 12 ust. 5 Dyrektywy 2014/24/UE - poprzez przyjęcie, że dane dotyczące średniego przychodu za 3 lata poprzedzające udzielenie planowanego zamówienia dotyczące PUK Chojna są nieadekwatne i w związku z tym, procent działalności wykonywanej przez PUK Chojna na potrzeby zastosowania trybu z wolnej ręki można ustalić za pomocą wiarygodnych prognoz handlowych, podczas gdy dane dotyczące dotychczasowej działalności PUK Chojna są adekwatne i pokazują, że nie została spełniona przesłanka wskazana w art. 214 ust. 1 pkt 13 lit. b) ustawy Pzp i art. 12 ust. 3 Dyrektywy 2014/24/UE;
6. art. 214 ust. 1 pkt. 13 w związku z art. 214 ust. 5 ustawy Pzp oraz art. 214 ust. 6 ustawy Pzp w związku z art. 12 ust. 5 Dyrektywy 2014/24/UE oraz art. 214 ust. 7 ustawy Pzp - poprzez przyjęcie, że w zaistniałym w sprawie stanie faktycznym zachodzą przesłanki do udzielenia zamówienia z wolnej ręki, podczas gdy Zamawiający 1 i Zamawiający 2 nie wykazali zaistnienia przesłanki uprawniającej do zastosowania trybu z wolnej ręki na podstawie tego przepisu dotyczącej procentu działalności wykonywanej przez PUK Chojna na rzecz Zamawiających rzekomo sprawujących nad nim kontrolę i bezzasadnie przyjęli, że opisane w Ogłoszeniu okoliczności mogą być uznane za „reorganizację", o której mowa
w art. 214 ust. 6 PZP i art. 12 ust. 5 Dyrektywy 2014/24/UE oraz podczas gdy rzekoma „reorganizacja" została przeprowadzona wyłącznie dla pozoru w rozumieniu art. 214 ust. 7 ustawy Pzp;
7. art. 214 ust. 1 pkt 13 w związku z art. 214 ust. 5 ustawy Pzp oraz art. 214 ust. 6 ustawy Pzp i w związku z art. 12 ust. 3 Dyrektywy 2014/24/UE oraz art. 12 ust. 5 Dyrektywy 2014/24/UE - poprzez przyjęcie, że prognoza handlowa PUK Chojna jest wiarygodna, podczas gdy Zamawiający 1 i Zamawiający 2 nie przedstawili jakiegokolwiek dokumentu, który mógłby zostać uznany za wiarygodną prognozę handlową i ograniczyli się wyłącznie do zapewnienia, że ponad 90% działalności PUK Chojna ma być wykonywana na ich rzecz, co prowadzi do wniosku, że prognoza handlowa PUK Chojna albo w ogóle nie istnieje, albo jeśli istnieje to jest niewiarygodna, a więc nie może służyć do ustalenia procentu działalności,
o którym mowa w art. 214 ust. 1 pkt 13 lit. b) ustawy Pzp i art. 12 ust. 3 Dyrektywy 2014/24/UE;
8. art. 214 ust. 1 pkt 13 ustawy Pzp w zw. z art. 18 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 74 ust. 1 i 2 ustawy Pzp oraz art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. 2020 poz. 1913) („UZNK") - poprzez zaniechanie udostępnienia protokołu postępowania oraz prognoz handlowych rzekomo sporządzonych przez Zamawiającego oraz poprzez bezpodstawne uznanie, że prognozy handlowe stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, podczas gdy Zamawiający w żaden sposób nie wykazał czy prognozy te spełniają przestanki określone w art. 11 ust. 2 UZNK, a jak wynika
z uzasadnienia zawartego w ogłoszeniu, prognozy zostały sporządzone w oparciu o ogólnie dostępne dane, w tym dostępne prognozy gospodarcze dla Polski w zakresie poziomu inflacji i rozwoju przedsiębiorczości, a tym samym nie zawierają informacji, które mogą stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa;
9. art. 214 ust. 1 pkt 13 ustawy Pzp w związku z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp oraz art. 17 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 129 ust. 2 ustawy Pzp oraz art. 18 Dyrektywy 2014/24/UE
w związku z art. 4 pkt 1 lit. a) i z art. 9 ust. 2 pkt 5 ustawy o ochronie konkurencji
i konsumentów [dalej „UOKiK"] oraz art. 6 ust. 1 UOKiK poprzez przyjęcie, że zgodne
z prawem jest wszczęcie Postępowania w trybie niekonkurencyjnym, podczas gdy działanie Zamawiającego 1 i Zamawiającego 2 jest sprzeczne z zasadami konkurencji i stanowi nadużycie pozycji dominującej na rynku właściwym poprzez przeciwdziałanie ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji;
10. art. 214 ust. 1 pkt 13 ustawy Pzp i innych wskazanych w treści uzasadnienia odwołania, w tym w szczególności art.

83 ustawy Pzp oraz art. 16 pkt 1 i art. 17 ust. 1 ustawy Pzp - poprzez przyjęcie, że w zaistniałym w sprawie stanie faktycznym zachodzą przesłanki do udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 13 ustawy Pzp a udzielenie zamówienia nie narusza zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji oraz zapewni najlepszą jakość usług w ramach dostępnych środków oraz pozwoli na uzyskanie najlepszych efektów zamówienia, w tym efektów społecznych, środowiskowych oraz gospodarczych w stosunku do poniesionych nakładów podczas gdy Zamawiający 1 Zamawiający 2 nie wykazali, że zasady te zostaną zachowane,
w szczególności zaniechali przeprowadzenia analizy potrzeb i wymagań, do której są zobowiązani na podstawie art. 83 ustawy Pzp, co w konsekwencji będzie prowadziło do nieuzasadnionego preferowania tylko jednego z wykonawców zainteresowanych zamówieniem publicznym z pominięciem innych wykonawców działających na rynku właściwym, co stanowi naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, w tym wynikających z art. 49, art. 56, art. 102 i art. 106 Traktatu

o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej („TFUE") (na konieczność czego wskazuje prounijna interpretacja przepisów PZP oraz orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej).
Wobec ww. zarzutów Odwołujący 2 wniósł o:
1. merytoryczne rozpatrzenie przez Krajową Izbę Odwoławczą odwołania i jego uwzględnienie w całości;
2. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentacji Postępowania, a także dowodów opisanych szczegółowo w treści odwołania oraz dowodów, które zostaną powołane i przedłożone na rozprawie;
3. nakazanie Zamawiającym unieważnienia Postępowania na podstawie art. 255 pkt 6 ustawy Pzp, ponieważ jest ono obarczone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, polegającą na wszczęciu Postępowania w trybie niekonkurencyjnym, pomimo niespełnienia przesłanek ustawowych zezwalających na zastosowanie takiego trybu, a wada ta nie może zostać usunięta w inny sposób;
4. nakazanie Zamawiającemu ujawnienia i udostępnienia Odwołującemu prognoz handlowych oraz innych dokumentów, o których mowa w Ogłoszeniu;
5. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów doradztwa prawnego, według norm przepisanych i zgodnie
z fakturą przedstawioną przez Odwołującego na rozprawie;
6. w oparciu o art. 267 TFUE Odwołujący 2 wniósł o skierowanie do Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej przez Skład Orzekający Krajowej Izby Odwoławczej
w niniejszej sprawie – następujących pytań prejudycjalnych dotyczących wykładni przepisów prawa unijnego:
1. Czy art. 12 ust. 1 do ust. 3 Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE
z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej Dyrektywę 2004/18/WE należy interpretować w ten sposób, że w przypadku wyłączenia wskazanych
w treści tego artykułu zamówień spod zakresu zastosowania dyrektywy, instytucje zamawiające organizując rynek usług świadczonych w ogólnym interesie gospodarczym nie są związane innymi postanowieniami TFUE, w tym w szczególności art. 102 w zakresie zakazu nadużywania pozycji dominującej i art. 106 TFUE?
2. Czy art. 12 ust. 1-3 Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej Dyrektywę 2004/18/WE należy interpretować w ten sposób, że pozwala on na sytuację, w której całość lub istotna część zamówienia, które zostaje udzielone wykonawcy na jego podstawie, została przez tego wykonawcę następnie podzlecona innemu wykonawcy, którego nie wiążą z zamawiającym (zamawiającymi) jakiekolwiek relacje, czy też, że mechanizm tzw. zamówień in-house wymaga, aby całość lub istotna część zamówienia udzielanego na jego podstawie była wykonywana osobiście przez wykonawcę, któremu zostaje ono udzielone?
3. Jak należy interpretować zapis „reorganizacja" zawarty w art. 12 ust. 5 Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej Dyrektywę 2004/18/WE, w szczególności czy uzasadnionym jest interpretowanie tego pojęcia w ten sposób, że reorganizacją działalności, o której mowa
w tym przepisie, mogą być działania wykonawcy dotyczące jedynie niewielkiego fragmentu prowadzonej działalności gospodarczej, które w normalnych warunkach mogłyby zostać uznane za przejaw zwykłych decyzji biznesowych (np. zmiany właścicielskie w postaci zbycia 0,25% udziałów, pozyskanie nowego rynku przy utrzymaniu identycznego zakresu świadczonych usług, zmiany regulaminu wewnętrznego, zatrudnienie nowych pracowników)?
4. Czy zgodnie z art. 12 ust. 5 Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE
z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej Dyrektywę 2004/18/WE reorganizacja działalności wykonawcy w każdym przypadku będzie skutkowała tym, że automatycznie dane dotyczące prowadzonej działalności z trzech ostatnich lat (dane historyczne) stają się niedostępne lub nieadekwatne czy też w każdym przypadku niezbędna jest indywidualna ocena przeprowadzonej reorganizacji i jej wpływu na możliwość posługiwania się danymi historycznymi dotyczącymi prowadzonej działalności i dopiero
w razie potwierdzenia tej nieadekwatności, uprawnionym jest posłużenie się wiarygodnymi prognozami handlowymi, o których mowa w art. 12 ust. 5 zdanie ostatnie Dyrektywy 2014/24/UE?
5. Jak należy interpretować zapis „wiarygodne prognozy handlowe" zawarty w art. 12 ust. 5 Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r.w sprawie zamówień publicznych, uchylającej Dyrektywę 2004/18/WE i czy w związkuz zasadą przejrzystości zamawiający ma obowiązek udostępnienia wykonawcom potencjalnie zainteresowanym danym zamówieniem zarówno „wiarygodnej prognozy finansowej" jak
i informacji i dokumentów stanowiących podstawę jej sporządzenia wraz z decyzją
o udzieleniu zamówienia na podstawie art. 12 ust. 1 do ust. 3?
Odnośnie zarzutu zawartego w punkcie 1. *petitum* odwołania Odwołujący 2 wskazał na brzmienie art. 214 ust. 1 pkt 13 lit. a ustawy Pzp oraz art. 12 ust. 3 Dyrektywy 2014/24/UE. Uzasadniał, że z ogłoszenia wynika, iż Zamawiający 1 i Zamawiający 2 posiadają łącznie 100% udziałów w PUK Chojna. Z podjętych przez Gminy uchwał oraz Umowy Sprzedaży Udziałów wynika, iż Zamawiający 1 zbył na rzecz Zamawiającego 2 22 udziały w PUK Chojna (zaledwie 0,25% wszystkich udziałów). Nawet dysponowanie łącznie przez Zamawiającego 1 i Zamawiającego 2 wszystkimi udziałami w PUK Chojna nie uzasadnia, że spełnione zostały warunki sprawowania przez Zamawiającego 1 i Zamawiającego 2 kontroli analogicznej nad PUK Chojna. Przepisy PZP i Dyrektywy 2014/24/UE dopuszczają udzielenie zamówienia z wolnej ręki przez więcej niż jednego zamawiającego danej osobie prawnej (tzw. spółce in-house), ale wyłącznie, gdy zamawiający ci sprawują nad tą spółką określony poziom kontroli. Dalej Odwołujący 2 przywołał brzmienie art. 174 i art. 159 KSH oraz odwołał się do uzasadnienia zastosowania trybu z wolnej ręki zawartego w ogłoszeniu. Odwołujący 2 uzasadniał, że z faktu nabycia przez Zamawiającego 2 zaledwie 0,25% udziałów nie da się

wywieźć wniosku, że gmina ta sprawuje nad PUK Chojna wspólnie z Zamawiającym 1 kontrolę analogiczną jak nad własnymi wydziałami i że może wspólnie z Zamawiającym 1 wspólnie wywierać dominujący wpływ na cele strategiczne oraz istotne decyzje kontrolowanej osoby prawnej, w rozumieniu art. 214 ust. 1 pkt 13 ustawy Pzp. Niewątpliwie o takim wpływie można by mówić w przypadku Zamawiającego 1. Jednak oczywistym jest, że Zamawiający 2 nie ma w rzeczywistości żadnego wpływu na decyzje PUK Chojna i to nie tylko decyzje strategiczne, ale nawet na jej działalność bieżącą. Można powiedzieć, że ten „wpływ" ma moc sprawczą w wysokości 0,25%, przy 99,75% mocy sprawczej wpływu przypadającego Zamawiającemu 1. Wskazał, iż umowa spółki PUK nie przewiduje jakichkolwiek szczególnych uprawnień dla wspólnika mniejszościowego, a w szczególności wspólnika posiadającego zaledwie 0,25 % udziałów w spółce. Nawet jeśli umowa spółki PUK Chojna została zmieniona w związku z transakcją sprzedaży 22 udziałów w tym podmiocie, to zmiany te nie zostały ujawnione w Rejestrze Przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego. Zgodnie natomiast z art. 255 §1 KSH zmiana umowy spółki wymaga uchwały wspólników i wpisu do rejestru. Wpis ma zatem charakter konstytutywny. Innymi słowy, w dniu 22 grudnia 2020 r. (i obecnie) obowiązywała umowa spółki PUK Chojna w wersji załączonej do odwołania i tylko w tym kontekście możliwa jest ocena kontroli sprawowanej przez Zamawiającego 2 nad PUK Chojna. Jak wynika z treści uzasadnienia Zamawiający 1 i Zamawiający 2 zdają się wywodzić sprawowanie dominującej kontroli nad PUK Chojna z konieczności uzyskania przez zarząd i radę nadzorczą zgody Zgromadzenia Wspólników do podejmowania czynności strategicznych spółki oraz innych czynności szczegółowo określonych w Regulaminie zarządu, zatwierdzonym przez Radę Nadzorczą, Regulaminie Rady Nadzorczej, w tym: zasad powoływania i odwoływania członków rady nadzorczej, zasad kontroli spółki przez radę nadzorczą, zasad powoływania i odwoływania członków zarządu oraz kontroli zarządu, zasad wynagradzania członków zarządu i rady nadzorczej, zasad wzajemnej współpracy wspólników i wykonywania praw udziałowych. Niemniej jednak Zamawiający 1 i Zamawiający 2 nie wykazali w jaki sposób taka kontrola jest sprawowana, w szczególności czy Zamawiający 2, który posiada zaledwie 22 udziały w PUK Chojna faktycznie sprawuje kontrolę i może wywierać dominujący wpływ na działania spółki. Minimalny udział Zamawiającego 2 wskazuje, że czynność sprzedaży udziałów przez Zamawiającemu 2 była wyłącznie czynnością pozorną, która rzekomo ma uzasadniać wpływ Zamawiającego 2 na strategiczne działania PUK Chojna. Odwołujący 2 przywołał stanowisko wynikające z wyroku TSUE z dnia 10 września 2009 r. w sprawie C-573/07 Sea Srl, wyroku TSUE z dnia 29 listopada 2012 r. w sprawach połączonych C-182/11 i C-183/11 Econord i wywodził, że nie jest tak jak chcieliby Zamawiający 1 i Zamawiający 2, że kontrola analogiczna wynika z samego faktu bycia udziałowcem danej spółki (tu: PUK Chojna), w szczególności, gdy udział w kapitale zakładowym spółki jest marginalny i wynosi 0,25%. Uzasadniał, że TSUE podkreślił, że co do zasady takie udziały nie są same w sobie wystarczające dla uznania za spełniony wymóg wspólnego sprawowania kontroli przez udziałowców nad spółką. Takie udziały mogą jedynie w pewnych okolicznościach pozwalać na sprawowanie przedmiotowej kontroli. Za takie okoliczności TSUE uznał sytuację, w której dany zamawiający posiadający 0,25% udziałów w spółce jest uprawniony do zlecania jej realizacji danych usług na podstawie obowiązujących przepisów prawa i niezależnie od wysokości posiadanych udziałów, a spółka musi takie zlecenia realizować. Co kluczowe, na takich samych zasadach spółka realizuje zlecenia udziałowca większościowego. *De facto* zatem uprawnienia udziałowców mniejszościowych zostały zrównane, na podstawie przepisów obowiązującego prawa, z uprawnieniami udziałowcy większościowego. Co więcej, podmiot wspólnie kontrolowany (TRAGSA) nie mógł prowadzić indywidualnej, niezależnej polityki cenowej. Wynagrodzenie należne temu podmiotowi za zlecenia realizowane na rzecz swoich wspólników było bowiem również ustalane rozporządzeniem (wyrok TSUE z 19 kwietnia 2007 r. w sprawie C-295/05 Asemfo). Wynikało to bezpośrednio z art. 88 ust. 4 obowiązującej wówczas hiszpańskiej ustawy 66/1997 oraz art 3 ust. 2-6 i art. 4 ust. 1 i 7 obowiązującego ówcześnie w Hiszpanii rozporządzenia królewskiego 371/1999.

Odwołujący 2 podniósł, że oczywistym jest, że w przypadku Zamawiającego 2 nie mamy do czynienia z tego typu uprzywilejowaniem, ani bowiem przepisy obowiązującego prawa (KSH), ani inne przepisy powszechnie obowiązującego prawa nie przyznają jej uprawnień wykraczających poza uprawnienia wspólnika mniejszościowego, którego udział w spółce wynosi 0,25%. O ile w przypadku, gdy całość lub znaczna część (większość) udziałów w takiej spółce należy do jednego podmiotu (zamawiającego) można domniemywać, że sprawuje on nad tą spółką kontrolę analogiczną do tej jaką ma nad własnymi wydziałami i może się ona materializować nawet w stosunkach umownych, o tyle tam, gdzie udział danego zamawiającego jest minimalny (symboliczny) jasnym jest, że warunek kontroli nie jest spełniony. Jak wynika z orzecznictwa TSUE, w przypadku PUK Chojna można by ewentualnie rozpatrywać kwestię tego, czy Zamawiający 2 ma nad nią kontrolę analogiczną, gdyby wynikało to z umowy tej spółki. Dalej Odwołujący 2 przywołał wnioski wynikające z wyroku TSUE z dnia 10 września 2009 r. w sprawie C-573/07 Sea Srl. Wskazał, że umowa spółki PUK Chojna nie przewiduje mechanizmów wzmacniających pozycję Zamawiającego 2 w tym podmiocie i gwarantujących mu możliwość sprawowania jakiejkolwiek nad nim kontroli.

Podsumowując Odwołujący 2 stwierdził, że biorąc pod uwagę przytoczone wyżej regulacje KSH, brzmienie umowy spółki PUK Chojna oraz fakt, że Zamawiający nie przedstawili jakichkolwiek dokumentów i informacji, które miałyby potwierdzać okoliczność, iż zarówno Zamawiający 1 jak i Zamawiający 2 sprawują kontrolę analogiczną jak nad własnymi jednostkami i mogą wywierać decydujący wpływ na cele strategiczne oraz istotne decyzje kontrolowanej osoby prawnej, warunek, o którym mowa w art. 214 ust. 1 pkt 13 ustawy Pzp i art. 12 ust. 3 Dyrektywy 2014/24/UE i dotyczący sprawowania przez Zamawiającego 2 wspólnie z Zamawiającym 1 kontroli analogicznej nad PUK Chojna, nie jest spełniony. W szczególności, sprawowania kontroli analogicznej nie można wywieźć z faktu posiadania przez Zamawiającego 2 zaledwie 22 udziałów (0,25% ogółu udziałów w PUK Chojna) w sytuacji, gdy udziały te nie są uprzywilejowane co do prawa głosu w zgromadzeniu wspólników. Tym samym, nie jest prawnie dopuszczalne udzielenie przez Zamawiającego 1 i Zamawiającego 2 przedmiotowego zamówienia wykonawcy PUK Chojna w trybie zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 13 ustawy Pzp w związku z art. 12 ust. 3 Dyrektywy 2014/24/UE.

W zakresie zarzutu zawartego w punkcie 2. *petitum* odwołania Odwołujący 2 przywołał uzasadnienie trybu zamówienia z wolnej ręki zamieszczone w BZP i stwierdził, że zamieszczone tam informacje to informacje zupełnie bezużyteczne i niczego nie wnoszące do sprawy. Czynności i uprawnienia opisane w pkt. 4.2 lit. (a)-(e), w związku ze znikomym udziałem Zamawiającego 2, w szczególności nie przesądzają, że Zamawiający 2 może faktycznie wywierać wpływ na czynności i decyzje organów spółki oraz na strategię rozwoju PUK Chojna, a z uzasadnienia nie wynika, w jaki sposób (jaką większością) zgromadzenie wspólników, któremu w uzasadnieniu przypisuje się dominującą rolę (Zamawiający 1 i Zamawiający 2) podejmuje uchwały, tak aby można było mówić o faktycznym, a nie tylko pozornym, wpływie Zamawiającego 2 na funkcjonowanie spółki oraz jej organów.

Dalej Odwołujący 2 wskazał, iż zgodnie z informacjami ujawnionymi w odpisie aktualnym z KRS dla PUK Chojna skład organów zarządzających oraz skład organów nadzorczych spółki nie uległ zmianie.

Odwołujący 2 odnosząc się do uzasadnienia, z którego wynika, że: „ponad 90% działalności kontrolowanej osoby prawnej dotyczy wykonywania zadań powierzonych jej przez zamawiających sprawujących nad nią kontrolę lub przez inne osoby prawne kontrolowane przez tych zamawiających - co potwierdza prognoza handlowa stanowiąca tajemnicę przedsiębiorstwa oraz wskaźniki na dzień ogłoszenia o zamiarze udzielenia zamówienia" wskazał, iż pomimo że PUK Chojna istnieje na rynku ponad 3 lata (została utworzona w roku 2002) Zamawiający 1 oraz Zamawiający 2 uzasadniają spełnienie przesłanki z art. 214 ust. 1 pkt. 13) lit c) ustawy Pzp za pomocą rzekomej „prognozy handlowej" nie wykazując w jaki sposób taka prognoza została przygotowana oraz jakie dane zawiera oraz zasłaniają się rzekomą „tajemnicą przedsiębiorstwa". Wskazał, iż sposób wykazania procentu działalności obarczony jest również błędem metodologicznym - skoro PUK Chojna istnieje i funkcjonuje na rynku od 2002 r. to procent działalności, o którym mowa w art. 214 ust. 1 pkt 13) lit. c) ustawy Pzp powinien być obliczony z uwzględnieniem średniego przychodu osiągniętego przez spółkę w odniesieniu do usług, dostaw lub robót budowlanych za 3 lata poprzedzające udzielenie zamówienia (art. 214 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp), nie zaś jako hipotetyczna prognoza handlowa. Zgodnie z art. 214 ust. 1 pkt. 6) ustawy Pzp ustalenie wskaźnika procentowego na podstawie prognozy handlowej jest dopuszczalne, ale wyłącznie w przypadku, gdy ze względu na dzień utworzenia lub rozpoczęcia działalności przez osobę prawną lub zamawiającego lub reorganizację ich działalności dane dotyczące średniego przychodu za 3 lata poprzedzające udzielenie zamówienia są niedostępne lub nieadekwatne. Zamawiający nr 1 i Zamawiający nr 2 nie wykazali jednak w uzasadnieniu, dlaczego do ustalenia wskaźnika 90% została przyjęta metoda prognozy finansowej, a nie danych historycznych, a w szczególności nie wykazali, dlaczego dane historyczne miałyby być niedostępne lub nieadekwatne. Zamawiający, poza wskazaniem celów które mają zostać osiągnięte, nie wyjaśniają w uzasadnieniu na czym faktycznie ma polegać reorganizacja spółki i jakie czynności zostały podjęte oraz dlaczego dane historyczne stały się „nieadekwatne" w rozumieniu art. 214 ust. 6 ustawy Pzp. Uzasadnienie, którego wymaga (tu: od Zamawiających) ustawodawca implikuje konieczność przedstawienia uzasadnienia prawnego i faktycznego. Chodzi zatem o to, aby informacje przekazywane w Ogłoszeniu pozwalały wykonawcom potencjalnie zainteresowanym kwestionowaniem prawidłowości decyzji zamawiającego na ich faktyczną weryfikację. Zamówienie z wolnej ręki jest wyjątkiem od stosowania konkurencyjnych trybów wyboru wykonawcy. Jako wyjątek podlega wykładni ścisłej, a wykazanie spełnienia przesłanek uzasadniających skorzystanie z tego trybu spoczywa na zamawiającym (tu: Zamawiających). Fakt, że chodzi o tzw. zamówienie in-house niczego w tym zakresie nie zmienia.

Odwołujący 2 przypomniał, że zgodnie z art. 457 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp umowa podlega unieważnieniu, jeżeli zamawiający z naruszeniem przepisów ustawy zastosował tryb zamówienia z wolnej ręki. Nie ulega wątpliwości, że w przepisie tym chodzi o wszystkie regulacje, które „towarzyszą" zamówieniu z wolnej ręki, a nie wyłącznie o przesłanki, które umożliwiają skorzystanie z tego trybu. Inaczej mówiąc, jeśli zamawiający (tu: Zamawiający), który zamierza skorzystać z zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 13 ustawy Pzp nie dochowuje pozostałych wymogów, które „towarzyszą" (czyli, które są wymagane) dla skorzystania z tego trybu, to taka umowa, jeśli dojdzie do jej zawarcia, podlega unieważnieniu na podstawie art. 457 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

Podsumowując wskazał, Zamawiający powinni wykazać na podstawie dokumentów okoliczności wymienione w art. 214 ust. 1 pkt 13 ustawy Pzp, co nie miało miejsca. Nie może być więc mowy o tym, że Zamawiający zadośćuczynili wymaganiom określnym w pkt. 4 ppkt 2) Rozporządzenia. Oznacza to, że Zamawiający nie są uprawnieni do udzielenia zamówienia na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 13 ustawy Pzp, a tym samym nie jest możliwe zawarcie ważnej umowy o udzielenie zamówienia publicznego. Na marginesie Odwołujący 2 zauważył, że ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy nie zawiera również obligatoryjnych informacji wymaganych zgodnie z pkt. 5 ppkt 2 załącznika nr 2 do Rozporządzenia tj. numer krajowego numeru identyfikacyjnego podmiotu, z którym ma być zawarta umowa.

W zakresie zarzutu zawartego w punkcie 3. *petitum* odwołania Odwołujący 2 wskazał, iż zgodnie z pkt. 3 ppkt 8) Załącznika do Rozporządzenia ustawodawca wymaga od zamawiającego podania w ogłoszeniu informacji o wielkości i ilości usług poprzez podanie planowanego wolumenu odpadów, które ma odbierać wykonawca. Nie ulega wątpliwości, że są to informacje kluczowe dla oceny tego, czy dane zamówienie może stanowić przedmiot zainteresowania innych wykonawców. Nie przypadkiem zatem ustawodawca wymaga ich podania na tym etapie. Pominięcie omawianych informacji skutkuje niespełnieniem wymagań wskazanych pkt. 3 ppkt 8) załącznika nr 2 do Rozporządzenia (w zw. z art. 214 ust. 1 pkt 13 ustawy Pzp w zw. z art. 216 ust. 1 w zw. z art. 272 ustawy Pzp), a tym samym również powinno oznaczać brak możliwości udzielenie zamówienia na podstawie art. 214 ust. 1
pkt 13 Pzp. Przyjęcie odmiennej interpretacji oznaczałoby, że wymóg publikacji takiego ogłoszenia pozbawiony byłby sensu, a wymagania dotyczące obligatoryjnych elementów ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy, wynikające z Załącznika nr 2 do Rozporządzenia, zupełnie zbędne. Odwołujący 2 podniósł, że zgodnie z art. 457 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp umowa podlega unieważnieniu, jeżeli zamawiający z naruszeniem przepisów ustawy zastosował tryb zamówienia z wolnej ręki. Podsumowując stwierdził, że brak zamieszczenia w Ogłoszeniu informacji o wielkość i ilość usług poprzez podanie planowanego wolumenu odpadów, które ma odbierać wykonawca powoduje, że nie są spełnione warunki dla udzielenia zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 13 ustawy Pzp i nie ma możliwości zawarcia ważnej umowy o zamówienie publiczne.

Odnośnie zarzutu określonego w punkcie 4. *petitum* odwołania Odwołujący 2 podał, że z art. 214 ust. 9 ustawy Pzp wynika jednoznacznie, że w przypadku, gdy zamówienie zostaje udzielone na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 13 ustawy Pzp, wykonawca ma obowiązek osobistego wykonania kluczowych jego części i nie może powierzyć wykonania części zamówienia podwykonawcy, który dotyczy głównego przedmiotu zamówienia. Wskazał, że przedmiotem zamówienia udzielanego przez Zamawiającego 1 i Zamawiającego 2 wykonawcy PUK Chojna ma być usługa odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych. Nie ulega wątpliwości, że są to dwie odrębne i niezależne od siebie usługi, przy czym wykonawca dokonuje odbioru odpadów w celu ich zagospodarowania (przekazania do instalacji do przetwarzania odpadów komunalnych). W konsekwencji, to zagospodarowanie odpadów jest usługa nadrzędną dla samego odbioru i transportu odpadów. Nie ulega również wątpliwości to, że PUK Chojna nie dysponuje żadną instalacją do zagospodarowania odpadów komunalnych i nie prowadzi tego typu działalności. Brak możliwości zagospodarowania odpadów komunalnych przez PUK Chojna potwierdza analiza stanu gospodarki odpadami komunalnymi na terenie Gminy Chojna za rok 2019. Cały wolumen niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych został przekazany do zagospodarowania przez EKO-MYŚL Spółka z o.o. (str. 8 przywołanego dokumentu). Odwołujący 2 uzasadniał, że nie ulega wątpliwości, że usługa zagospodarowania odpadów komunalnych jest równie istotna jak usługa ich obierania. Trudno racjonalnie twierdzić, że w takim przypadku za „kluczową" uznaje się jedynie część dotyczącą odbierania odpadów. Co więcej, to zagospodarowanie odpadów odebranych od mieszkańców w zgodzie z obowiązującymi

przepisami prawa jest nadrzędnym (właściwym) celem całego procesu, a tym samym zainteresowanych gmin (Zamawiających). Skoro z przepisów Pzp jednoznacznie wynika, że w przypadku zamówienia udzielanego na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 13 ustawy Pzp, wykonawca (tu: PUK Chojna) jest zobowiązany osobiście (czyli bez podzlecania innemu podmiotowi) zrealizować zasadniczą część tak uzyskanego zamówienia, to nie jest prawnie dopuszczalne, aby usługa zagospodarowania, stanowiąca jego *de facto*, najistotniejszy element, była podzlecana przez wykonawcę (tu: PUK Chojna) innemu podmiotowi. Skoro tak i skoro Zamawiający doskonale wiedzą, jakie są uwarunkowania działalności PUK Chojna (przecież - jak twierdzą - „kontrolują" ten podmiot), to nie jest prawnie dopuszczalne udzielenie PUK Chojna zamówienia na zagospodarowanie odpadów komunalnych, a co najwyżej wyłącznie na odbieranie tych odpadów (oczywiście,
o ile spełnione są pozostałe przesłanki ustawowe, co nie ma miejsca, o czym w pozostałych zarzutach odwołania). Podkreślał, że Zamawiający nie sprawuje żadnej kontroli nad spółką EKO-MYŚL Sp. z o.o. W realiach sprawy dochodziłoby do sytuacji, w której poprzez rzekomo kontrolowany przez siebie podmiot (tu: PUK Chojna) Zamawiający w rzeczywistości udzielali istotną część zamówienia podmiotowi, z którym nie łączą go jakiekolwiek relacje,
w szczególności relacje o których mowa w art. 214 ust. 1 pkt 13 ustawy Pzp i art. 12 ust. 1-3 Dyrektywy 2014/24/UE, czyli z pominięciem zastosowania jakichkolwiek przepisów
o zamówieniach publicznych. To właśnie takim sytuacjom ma przeciwdziałać regulacja zawarta w art. 214 ust. 9 ustawy Pzp, czyli zakaz powierzenia realizacji części zamówienia podwykonawcy. Podsumowując stwierdził, że nie jest prawnie dopuszczalne udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 13 ustawy Pzp w sytuacji, gdy oczywistym jest, że wykonawca tego zamówienia (tu: PUK Chojna) nie jest w stanie osobiście zrealizować jego kluczowych części, co ma miejsce w stanie faktycznym. .....

W przedmiocie zarzutu zawartego w punkcie 5. *petitum* odwołania Odwołujący 2 podał, że z art. 214 ust. 5 ustawy Pzp oraz art. 12 ust. 5 Dyrektywy 2014/25/UE wynika, że do obliczania procentu działalności, o którym mowa w art. 214 ust. 1 pkt 13 lit. b ustawy Pzp
i art. 12 ust. 3 lit. b) Dyrektywy 2014/24/UE, uwzględnia się średni przychód osiągnięty przez osobę prawną w odniesieniu do usług, dostaw lub robót budowlanych za 3 lata poprzedzające udzielenie zamówienia. Jedynie wyjątkowo możliwe jest odstąpienie od tej zasady na rzecz wiarygodnych prognoz finansowych. Prognozy te uwzględnia się w sytuacji, gdy dane historyczne nie są dostępne lub adekwatne. Nie chodzi zatem o to, że
u wykonawcy (tu: PUK Chojna) dochodzi do jakiś zmian (reorganizacji), ale o to, że w wyniku tych zmian nie można uznać, że dotychczasowe dane są wiarygodne. Oczywistym jest przy tym, że PUK Chojna dysponuje danymi historycznymi, a zatem w grę może wchodzić wyłącznie ich nieadekwatność, a nie niedostępność. Przesłanka niedostępności danych ma zastosowanie w przypadku utworzenia lub rozpoczęcia działalności, natomiast w przypadku reorganizacji należy zbadać, czy możemy dane za ostatnie 3 lata uznać za nieadekwatne. Wobec braku określenia pojęcia „nieadekwatny" w PZP możemy sięgnąć do definicji zawartej w Słowniku Języku Polskiego, zgodnie z którą „nieadekwatny" oznacza «niezgodny z czymś, niedokładnie czemuś odpowiadający». Zdaniem Odwołującego 2, żadne zmiany, które zostały (lub raczej które być może zostaną) dokonane w PUK Chojna, nawet jeżeli Izba uzna je za reorganizację nie dają podstaw do uznania, że z tego powodu dane z ostatnich 3 lat pozostają nieadekwatne. PUK Chojna nie miała do czynienia z żadnymi istotnymi przekształceniami jak również nie miały miejsca inne istotne zmiany organizacyjne, które by mogły spowodować, iż dane dotyczące średniego przychodu za lata poprzednie należy uznać za niezgodne lub nieodpowiednie. Odwołujący 2 podkreślał, że podobnie jak
w przypadku samego udzielania zamówienia z wolnej ręki, wykazanie przesłanek uprawniających do tego należy do zamawiającego (tu: Zamawiających), tak odstąpienie od ogólnej zasady powoływania danych historycznych na rzecz wiarygodnych prognoz handlowych również wymaga udowodnienia braku adekwatności danych historycznych. Żadna rzekomych reorganizacji (rozumianych łącznie lub indywidulanie) wskazanych
w ogłoszeniu o zamiarze zawarcia umowy nie sprawia, że dane historyczne stały się nieadekwatne. Zamawiający, poza wskazaniem celów które mają zostać osiągnięte, nie wyjaśniają w uzasadnieniu na czym faktycznie ma polegać reorganizacja i jakie czynności zostały podjęte oraz dlaczego dane historyczne stały się nieadekwatne w rozumieniu przepisu art. 214 ust. 1 pkt. 6 ustawy Pzp. Uzasadniał, iż jedyne co się zmienia w przypadku PUK Chojna, to fakt, że zgodnie z celami długookresowymi Spółki działania te mają jej umożliwić trwałe świadczenie usług komunalnych. Zamawiający, określając cele długookresowe, posługuje się przy czym ogólnymi sformułowaniami tj. wdrażanie rozwiązań proekologicznych; poszerzenie obszarów działalności; wprowadzenie innowacyjnych rozwiązań; zwiększenie liczby obsługiwanych Klientów; wdrażanie rozwiązań przyjaznych środowisku naturalnemu; zwiększenie efektywności wykorzystania dostępnych zasobów, nie wyjaśniając przy tym jakie konkretne działania zostały podjęte, a wskazane cele długookresowe są tak ogólne, że w zasadzie można je przypisać przedsiębiorstwu działającemu w jakiejkolwiek branży i sektorze.

Odwołujący 2 wskazał, że rynek ten dotyczy przy tym wyłącznie usług odbieranie odpadów, jako że ich zagospodarowanie, tak w przypadku odpadów pochodzących z Gminy Chojna, jak i z Gminy Widuchowa, jest zadaniem, które w rzeczywistości realizuje spółka EKO-MYŚL Sp. z o.o. Można zatem powiedzieć, że jedyne co się zmienia to ilość odpadów, które PUK Chojna ma odbierać. Tak samo byłoby zatem, gdyby ilość odpadów wzrosła
w samej tylko Gminie Chojna. Trudno taką sytuację i dostosowanie działalności spółki do takiej sytuacji nazywać reorganizacją, a nawet gdyby, to nie jest to równoznaczne z brakiem adekwatności dotychczasowych danych. Odwołujący 2 uzasadniał, iż jak wynika
z uzasadnienia: W wyniku zmian struktury właścicielskiej w dniu 18 grudnia 2020 r., (zapewne chodzi tu zawarcie w dniu 18 grudnia 2020 r. umowy sprzedaż 22 udziałów Zamawiającemu nr 2 przypis Odwołującego) zgodnie z przepisami prawa została przeprowadzona reorganizacja Przedsiębiorstwa (…) – w uzasadnieniu nie wskazano jednak jakie „przepisy prawa" Zamawiający mają na myśli oraz na czym faktycznie miałaby polegać „reorganizacja".

Podsumowując Odwołujący 2 wskazał, iż art. 214 ust. 6 ustawy Pzp stanowi wyjątek od zasady, że do obliczania procentu działalności uwzględnia się średni przychód osiągnięty przez osobę prawną w odniesieniu do usług za 3 lata poprzedzające udzielenie zamówienia, a w myśl powszechnej zasady interpretacji przepisów prawa *exceptiones non sunt extendendae* - wyjątek (jako odstępstwo od reguły) ma moc obowiązującą tylko w takim zakresie, jak to wynika z jego treści i nie może być w drodze zabiegów interpretacyjnych przenoszony na sytuacje podobne lub zbliżone. Podkreślił, iż krajowy ustawodawca „zaostrzył" na gruncie art. 214 ust. 1 pkt 13 ustawy Pzp wymagania w stosunku do przepisów Dyrektywy 2014/24/UE. Udział działalności kontrolowanej osoby prawnej dotyczący wykonywania zadań powierzonych musi bowiem pozostawać na poziomie 90%, a nie, jak wynika to z dyrektywy, 80%. Rozwiązanie takie miało u swoich źródeł intencję zapewnienia większej kontroli nad decyzjami zamawiających w stosunku do ich podmiotów wewnętrznych. Wobec powyższego interpretując art. 214 ust. 6 ustawy Pzp należy traktować go, zgodnie z

intencją ustawodawcy jako sytuację wyjątkową, a nie jako „furtkę" do nadużywania prawa przez zamawiających oraz przez podmioty przez nich kontrolowane.
W zakresie zarzutu określonego w punkcie 6. *petitum* odwołania Odwołujący 2 wskazał, że w świetle art. 214 ust. 6 ustawy Pzp, dla możliwości powoływania się na wiarygodne prognozy handlowe konieczne jest wykazanie, że dany podmiot (tu: PUK Chojna) przeszedł reorganizację działalności. Odwołujący 2 wskazał, że podobnie jak w przypadku wszystkich kwestii dotyczących spełniania przesłanek udzielenia zamówienia na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 13 ustawy Pzp w związku z art. 12 ust. 3 Dyrektywy 2014/24/UE, również wykazanie przeprowadzenia reorganizacji PUK Chojna nie zostało przez Zamawiających poparte jakimikolwiek dowodami. Przeprowadzenie reorganizacji jest zatem oparte wyłącznie na gołosłownych zapewnieniach Zamawiających. Nie jest to oczywiście wystarczające, biorąc pod uwagę ciężar dowodu, który spoczywa na Zamawiających korzystających również w tym zakresie z odstępstwa od zasady ogólnej opierania się na danych historycznych. Co więcej, sami Zamawiający nie wskazują na czym *de facto* polega „reorganizacja" a wskazują wyłącznie na ogólne cele, które mają zostać osiągnięte w perspektywie długoterminowej, przy czym są to cele bardzo ogólne i można je przypisać przedsiębiorstwu działającemu w jakiejkolwiek branży i sektorze. Trudno przy tym uznać, że zbycie udziałów w wysokości 0,25% może stanowić o reorganizacji działalności niezależnie od tego jak bardzo pojemne rozumienie tego pojęcia chcieliby mu przypisać Zamawiający. Oczywiście może być tak, że zmiany właścicielskie mogą, w określonych okolicznościach, wpływać na reorganizację działalności, czy też stanowić czynnik taką reorganizację wymuszający. Dzieje się tak zazwyczaj, kiedy istotny inwestor, przejmujący kontrolę nad spółką, ma odmienną wizję prowadzenia przez nią działalności, w szczególności w odniesieniu do jej zakresu. Samo zbycie 0,25% udziałów na pewno takiej reorganizacji nie stanowi. Nie stanowi również przyczynku do reorganizacji, biorąc pod uwagę, że nowy wspólnik (Zamawiający 2) nie ma żadnego realnego wpływu na działalność prowadzoną przez PUK Chojna. Co więcej, żadnych zmian nie oczekuje, jego celem (podobnie jak celem Zamawiającego 1) jest bowiem wyłącznie objęcie (dotychczasowym) zakresem działalności PUK Chojna gminy Widuchowa.

W odniesieniu natomiast do poszerzenia obszarów działalności czy zwiększenie liczby obsługiwanych Klientów Odwołujący 2 podkreślał, iż w przypadku PUK Chojna ewentualne udzielenie przedmiotowego zamówienia spowoduje wyłącznie to, że zakres usług odbierania odpadów (bo przecież nie zagospodarowania, które świadczy EKO-MYŚL sp. z o.o.) zwiększy się i obejmie również Gminę Widuchowa. Nie ulega wątpliwości, będzie to prawdopodobnie wymagało zwiększenia zatrudnienia, zakupu nowego sprzętu i tym podobnych działań. Jednak są to zwykłe i naturalne konsekwencje rozszerzenia dotychczasowej działalności, przy czym nie o nowe rodzaje usług, ale w ramach tych dotychczas świadczonych.

Odwołujący 2 odwołał się do Słownika Języka Polskiego, zgodnie z którym „reorganizacja" jest to «zmiana organizacji czegoś, urządzenie czegoś w inny sposób» PUK Chojna będzie natomiast działała w dotychczasowy sposób, a ewentualna zmiana polega jedynie na uzyskaniu jednego, dodatkowego klienta (Zamawiającego). Odwołujący 2 stwierdził, że na uwagę zasługuję nie tylko wykładnia językowa omawianego przepisu, ale również wykładnia funkcjonalna. Brzmienie art. 214 ust. 6 ustawy Pzp pozwala na stwierdzenie, iż w myśl intencji ustawodawcy reorganizacja, o której jest mowa w tym przepisie, w swoich skutkach powinna być porównywalna do sytuacji spółki na dzień utworzenia lub rozpoczęcia działalności, a zatem chodzi wyłącznie o kluczowe zmiany organizacyjne. Tym samym, należy stwierdzić, że działania, o których mowa w ogłoszeniu nie stanowią reorganizacji w rozumieniu art. 214 ust. 6 ustawy Pzp. Mogą być one uznane za wyraz decyzji o charakterze biznesowym, które nie prowadzą do zmian w strukturze PUK Chojna i w każdej chwili mogą być zmienione. Dotyczy to również domniemanych zmian w regulaminie organizacyjnym - tego typu zmiany mogą, w określonych okolicznościach, stanowić pochodną reorganizacji, ale o niej nie świadczą.

Działania podjęte przez Zamawiających, w tym zmiana w strukturze właścicielskiej PUK Chojna (nabycie przez Zamawiającego 2 22 udziałów z 8.8000 udziałów w kapitale zakładowym spółki), z którego Zamawiający wywodzą, że doszło do reorganizacji, noszą znamiona czynności pozornych, podejmowanych w celu obejścia przepisów Pzp, o którym wprost mowa w art. 214 ust. 7 ustawy Pzp. Inne przypadki dotyczące czynności podejmowanych w celu obejścia przepisów ustawy Pzp były rozpatrywane przez Sąd Najwyższyoraz Krajową Izbę Odwoławczą. Odwołujący 2 wskazał, że mając na uwadze liczbę udziałów nabytych przez Zamawiającego 2, stanowiących zaledwie 0,25% ogółu udziałów PUK Chojna oraz brak rzeczywistego wpływu nowego wspólnika (Zamawiającego 2) na decyzje podejmowane przez zgromadzenie wspólników „rzekomą reorganizację" (której Zamawiający w istocie nie wykazują) niewątpliwie należy uznać za czynność pozorną w rozumieniu art. 214 ust. 7 ustawy Pzp – w konsekwencji należy również uznać, w świetle ww. przepisu, że nie są spełnione wymagania określone w art. 214 ust. 1 pkt 13 lit. b i c ustawy Pzp.

Odwołujący 2 podniósł, iż również TSUE wskazuje, że osiągnięcie celów, któremu mają służyć regulacje dotyczące zamówień publicznych, a którymi są swobodny przepływ usług i poddanie ich niezakłóconej konkurencji we wszystkich państwach członkowskich, byłoby zagrożone, gdyby instytucje zamawiające mogły stosować wybiegi maskujące polegające na sztucznych konstrukcjach prowadzących do obejścia przepisów ustanowionych w tych regulacjach (wyrok TSUE w sprawie C-29/04).

Podsumowując Odwołujący 2 stwierdził, że Zamawiający 1 i Zamawiający 2 nie wykazali zaistnienia przesłanki uprawniającej do zastosowania trybu z wolnej ręki na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 13 ustawy Pzp dotyczącej procentu działalności wykonywanej przez podmiot, któremu udziela się zamówienia, na rzecz zamawiającego sprawującego nad nim kontrolę i bezzasadnie przyjęli, że opisane w ogłoszeniu okoliczności mogą być uznane za „reorganizację", o której mowa w art. 214 ust. 6 ustawy Pzp, a podjęte przez Zamawiających czynności, które rzekomo mają oznaczać reorganizację (nabycie udziałów przez Zamawiającego 2) są czynnościami pozornymi w rozumieniu art. 214 ust. 7 ustawy Pzp.

W zakresie zarzutu zawartego w punkcie 7. *petitum* odwołania Odwołujący 2 uzasadniał, że podobnie jak w przypadku pozostałych przestanek udzielenia zamówienia na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 13 ustawy Pzp i art. 12 ust. 3 Dyrektywy 2014/24/UE, Zamawiający nie przedstawili jakichkolwiek dowodów dotyczących tego, że ponad 90% działalności PUK Chojna dotyczy wykonywania zadań powierzonych jej przez Zamawiających. Odwołujący 2 wskazał, iż z uzasadnienia zawartego w ogłoszeniu o zamiarze zawarcia umowy wynika, że gdyby nie ta rzekoma reorganizacja wynikającą ze sprzedaży udziałów Zamawiającemu nr 2, to warunek ten nie zostałby spełniony. Tymczasem z przepisów PZP i Dyrektywy 2014/24/UE wynika, że jeśli ze względu na reorganizację działalności PUK Chojna dane dotyczące średniego przychodu za 3 poprzedzające udzielenie zamówienia są nieadekwatne, procent działalności, ustala się za pomocą wiarygodnych prognoz handlowych. Wskazał, że w przypadku informacji zawartych w ogłoszeniu Zamawiający wspomina co prawda o prognozie handlowej, przy czym stwierdza, że stanowi ona tajemnicę przedsiębiorstwa. Jednocześnie Zamawiający

wskazują, że: Według opracowanych prognoz wskaźnik udziału zadań powierzonych przez Gminy opartych na sprzedaży usług, materiałów i robót budowlanych będzie wynosić odpowiednio: - 98,09 % w 2021 r. -98,11 % w 22 r.- 95,48 % w 2023 r. Analizy finansowe oparte zostały o dostępne prognozy gospodarcza dla polski w zakresie poziomu inflacji
i rozwoju przedsiębiorczości oraz miały na celu wskazanie prognozy przychodów
w kontekście źródeł ich finansowania. Odwołujący 2 wskazał, że podobnie jak w przypadku innych informacji i dokumentów potwierdzających spełnienie przesłanek udzielenia zamówienia z wolnej ręki, tak również w przypadku prognoz handlowych, jeśli zostały one sporządzone, powinny zostać załączone (wraz z dokumentami źródłowymi) do ogłoszenia. Tylko w taki sposób możliwa byłaby bowiem ich weryfikacja. Użyty przez Zamawiających argument, iż prognozy handlowe stanowią tajemnice przedsiębiorstwa - w zestawieniu
z informacją nt. danych przyjętych do przeprowadzonej analizy (Analizy finansowe oparte zostały o dostępne prognozy gospodarcze dla Polski w zakresie poziomu inflacji i rozwoju przedsiębiorczości), a więc jawnych i ogólnie dostępnych danych, wskazuje, że prognozy nie są wiarygodne, a ich kwalifikacja jako „tajemnica przedsiębiorstwa" ma na celu wyłącznie utrudnienie uczciwej konkurencji i utrudnienie pozyskania tych informacji przez zainteresowanych wykonawców. Odwołujący 2 stwierdził, iż takie okoliczności potwierdzają, że rzekoma reorganizacja ma charakter pozorny w rozumieniu art. 214 ust. 7 ustawy Pzp,
a tym nie może stanowić podstawy do udzielenia zamówienia na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 13 ustawy Pzp.
W przedmiocie zarzutu zawartego w punkcie 8. *petitum* odwołania Odwołujący 2 wskazał, iż zgodnie z art. 74 ust. 1 i 2 ustawy Pzp protokół postępowania jest jawny
i udostępniany na wniosek, a załączniki do protokołu postępowania udostępnia się po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty. Skoro Zamawiający opublikowali Ogłoszenie
o zamiarze zawarcia umowy, to oznacza, że przeprowadzili postępowanie oraz wybrali ofertę PUK Chojna w postępowaniu w trybie art. 214 ust. 1 pkt 13 ustawy Pzp. W konsekwencji, protokół postępowania oraz załączone do niego dokumenty w tym prognozy handlowe - na które powołują się Zamawiający w treści ogłoszenia o zamówieniu powinny być jawne. Jak wynika z treści uzasadnienia zawartego w Ogłoszeniu Zamawiający dysponują prognozą handlową, ale rzekomo stanowi ona tajemnicę przedsiębiorstwa. Zamawiający w żaden sposób nie uzasadnili jednak jakie elementy tej prognozy lub dane wykorzystane do jej sporządzenia posiadają walor tajemnicy przedsiębiorstwa. Na gruncie art. 18 ust. 1 ustawy Pzp, postępowanie o udzielenie zamówienia (a więc również zamówienie z wolnej ręki) jest jawne. Zamawiający może zastrzec informacje dotyczące postępowania wyłącznie
w wyjątkowych okolicznościach, przy czym spełnione muszą być warunki określone w art. 11 ust. 2 UZNK. Odwołujący 2 wskazał, iż po pierwsze Zamawiający w treści uzasadnienia
w żaden sposób nie wykazał, jakie okoliczności mają świadczyć o tym, że prognoza handlowa wypełnia wymagania pozwalające na uznanie, iż mamy do czynienia z tajemnicą przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2 UZNK. Po drugie, z samej treści uzasadnienia wynika jednoznacznie, że prognoza handlowa została sporządzona na podstawie ogólnie dostępnych danych finansowych (Analizy finansowe oparte zostały o dostępne prognozy gospodarcze dla polski w zakresie poziomu inflacji i rozwoju przedsiębiorczości) i już z tego względu nie można uznać, że prognozy handlowe wypełniają przesłanki określone w art. 11 ust. 2 UZNK, skoro odnoszą się do ogólnie dostępnych danych tj. inflacja czy prognozy gospodarcze dot. rozwoju przedsiębiorczości. Kwalifikacja prognoz handlowych jako „tajemnicy przedsiębiorstwa" ma zatem na celu wyłącznie utrudnienie uczciwej konkurencji
i utrudnienie pozyskania tych informacji przez zainteresowanych wykonawców. Na marginesie Odwołujący 2 dodał, że tajemnicą przedsiębiorstwa może być dana informacja,
a nie dokument jako taki. Z powyższych względów, zaniechanie odtajnienia prognoz finansowych, stanowi naruszenie ww. wskazanych przepisów, a dokumenty te nie zasługują na ochronę prawną.
W przedmiocie zarzutu zawartego w punkcie 9. *petitum* odwołania Odwołujący 2 podniósł, iż zarówno z krajowych jak i unijnych przepisów wynika, że zamawiający mają obowiązek przygotowania i prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości oraz zasady efektywności. Zamawiający nie są uprawnieni do organizacji zamówień w sposób mający na celu ich wyłączenie z zakresu stosowania przepisów dotyczących zamówień publicznych lub sztucznego zawężanie konkurencji. Tym bardziej zatem Zamawiający nie mogą przygotowywać i prowadzić postępowania w sposób, który narusza powszechnie obowiązujące przepisy prawa, szczególnie, gdy bezpośrednio dotyczą wskazanej w art. 16 ust. 1 ustawy Pzp zasady uczciwej konkurencji. Do tych przepisów należą reguły konkurencji określone w UOKiK. Odwołujący 2 przywołał treść art. 9 ust. 2 pkt 5 UOKIK i wskazał, że w świetle orzecznictwa istotą tak zdefiniowanej praktyki zakazane jest zachowanie przedsiębiorcy posiadającego pozycję dominującą, które uniemożliwia lub utrudnia działalność konkurentów na określonym rynku właściwym, przez stworzenie barier wejścia na rynek lub rozwoju podmiotów już działających na rynku. Zakazane jest zatem zarówno ograniczanie przez dominanta (dominantów) dostępu do rynku, jak również „wypychanie" z tego rynku przedsiębiorców na nim wcześniej działających. Odwołujący 2 wskazał, iż Zamawiający mają status przedsiębiorcy, co jednoznacznie wynika z art. 4 pkt 1 lit. a) UOKiK w zakresie w jakim organizują realizację zadań własnych związanych z utrzymaniem porządku i czystości. Wskazał, iż pojęcie usług użyteczności publicznej, niezdefiniowane w UOKiK, należy rozumieć jako odnoszące się do zadań z zakresu administracji publicznej służących zaspokajaniu w sposób ciągły
i powszechnie dostępny potrzeb społecznych o charakterze ogólnym. Do zadań tych zalicza się m.in. zadania uznane za zadania własne gminy w art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym. Wśród usług o charakterze użyteczności publicznej znajdują się usługi związane z utrzymaniem czystości i porządku w gminach,
w szczególności polegające na odbiorze i zagospodarowaniu odpadów komunalnych. Organizowanie świadczenia usług użyteczności publicznej interpretowane jest szeroko jako obejmujące wszelkiego rodzaju aktywności polegające na kreowaniu możliwości świadczenia usług użyteczności publicznej (wyrok Sądu Antymonopolowego z dnia 26 marca 2003 r., sygn. akt: XVII Arna 35/02), tworzeniu wszelkiego rodzaju ram świadczenia takich usług przez innych przedsiębiorców (wyrok SN z dnia 20 listopada 2008 r., sygn. akt: III SK 12/08). W świetle orzecznictwa status przedsiębiorców organizujących usługi użyteczności publicznej mają jednostki samorządu terytorialnego (wyrok SA w Warszawie z dnia 8 stycznia 2008 r., sygn. akt: VI ACa 481/07), w tym wówczas, gdy prowadzą działalność organizatorską na rynku utrzymania porządku i czystości na swoim terenie (decyzja Prezesa UOKIK z dnia 17 marca 2021 r. nr RBG-5/2011). Zamawiający odpowiadają powyższym kryteriom i są przedsiębiorcami organizującymi usługi w

zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy. Odwołujący 2 podkreślał, że uprawnienie Zamawiających do organizowania rynku usług użyteczności publicznej (w tym wypadku usług odbierania i zagospodarowania odpadów komunalnych) nie przekreśla możliwości oceny ich zachowania pod kątem nadużywania pozycji dominującej,
w szczególności zaś czy zachowanie Zamawiających nie prowadzi do tzw. dławienia konkurencji. Potwierdził to jednoznacznie Sąd Najwyższy w wyroku z 26 stycznia 2017 r. (sygn. akt I CSK 252/15). Decydując o udzieleniu zamówienia w trybie zamówienia z wolnej ręki na rzecz PUK Chojna, Zamawiający niewątpliwie wpływają na kształt rynku odbierania odpadów komunalnych zarówno w Gminie Chojna, jak i w Gminie Widuchowa (wskazują bowiem podmiot, który na tym rynku może działać na zasadzie wyłączności), jednocześnie wpływając na warunki świadczenia usług odbierania i zagospodarowania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych na terenie obu gmin. Zamawiający mają pozycję dominującą na rynkach właściwych, za które należy uznać rynek organizowania usług odbierania i zagospodarowania odpadów komunalnych z terenu, odpowiednio, Gminy Chojna i Gminy Widuchowa. Są bowiem jedynymi podmiotami, które odpowiadają, każdy w swojej gminie, za organizację usług użyteczności publicznej z zakresu gospodarki odpadami. Odwołujący 2 wskazał następnie na definicję rynku właściwego zawartą w art. 4 pkt 9 UOKIK oraz przywołał wyrok SN z dnia 15 października 2014 r., sygn. akt: III SK 61/13.

Podkreślał, że do naruszenia przepisów UOKiK dochodzi nie tylko na rynku
o strukturze faktycznie lub potencjalnie konkurencyjnej poprzez tworzenie przez dominującego przedsiębiorcę sztucznych barier wejścia podmiotów nowych lub rozwoju podmiotów już działających na tym rynku. Zakazane na podstawie UOKiK przeciwdziałanie ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji może mieć miejsce także na rynkach, na których - tak jak w niniejszej sprawie - dominujący organizator rynku podejmuje decyzje wpływające na strukturę rynku, w tym na dopuszczenie przedsiębiorców do prowadzenia działalności na rynku. Z uwagi na treść art. 9 ust. 2 pkt 5 UOKiK na przedsiębiorcy organizującym rynek, takim jak Zamawiający, spoczywa obowiązek korzystania ze swoich kompetencji w sposób rzetelny i niedyskryminujący. Organizator rynku narusza zakaz nadużywania pozycji dominującej, gdy uniemożliwia potencjalnym świadczeniodawcom rywalizowanie o rynek w oparciu o równe i niedyskryminujące zasady.

Odwołujący 2 wskazał, iż należy przyjąć, że do naruszenia dochodzi tym bardziej wówczas, gdy organizator rynku w ogóle eliminuje konkurencję o rynek, przyznając prawo świadczenia usług uznaniowo wybranemu przedsiębiorcy, w tym wypadku swojej własnej spółce komunalnej. Uzasadniał, że najlepszą metodą zapewnienia przez organizatora rynku potencjalnym wykonawcom rywalizacji o rynek w oparciu o zasady wolnej i równej konkurencji jest wykorzystanie trybów wyboru wykonawcy na podstawie konkurencyjnych trybów przewidzianych w regulacjach dotyczących zamówień publicznych. W orzecznictwie antymonopolowym wyraźnie wskazuje się, że zarzut naruszenia art. 9 ust. 2 pkt 5 UOKiK przez przedsiębiorcę mającego pozycję dominującą (tu: Zamawiający) eliminuje dokonanie wyboru kontrahenta w trybie przetargowym, nawet jeżeli w wyniku przetargu w praktyce dochodzi do wyeliminowania z rynku usług innych przedsiębiorców (wyrok SN z dnia 9 marca 2004 r., sygn. akt: III SK 13/04). Rozumując *a contrario*, naruszenie art. 9 ust. 2 pkt 5 UOKiK stanowić może wyeliminowanie przedsiębiorców z rynku (tu Odwołującego) na podstawie uznaniowej decyzji monopolisty dysponującego uprawnieniami do organizacji tego rynku. Przypomniał, że jak podniósł Trybunał, udzielenie zamówienia typu in-house, które nawet gdyby spełniało warunki określone w art. 12 ust. 3 Dyrektywy 2014/24/UE (art. 214 ust. 1 pkt 13 ustawy PZP), nie jest samo w sobie zgodne z prawem Unii (wyrok TSUE z dnia 3 października 2019 r. w sprawie C-285/18 Irgita). Dokładnie z taką sytuacją mamy do czynienia z niniejszym przypadku.

Podsumowując Odwołujący 2 wskazał, że jako organizatorzy rynku usług odbierania odpadów komunalnych na terenie, odpowiednio, Gminy Chojna i Gminy Widuchowa są przedsiębiorcami o pozycji dominującej. W świetle przepisów UOKiK zakazane jest nadużywanie pozycji dominującej na rynku właściwym przez przedsiębiorcę poprzez przeciwdziałanie ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji. Zamawiający udzielając zamówienia w trybie niekonkurencyjnym, tj. w trybie zamówienia z wolnej ręki, uniemożliwiają lub co najmniej utrudniają działalność innych wykonawców, przez stworzenie barier wejścia na rynek lub rozwoju podmiotów już działających na rynku. Takie zachowanie, zgodnie z art. 9 ust. 2 pkt 5 UOKiK jest prawnie zakazane.

Zaznaczył, że zgodnie z art. 6 ust. 1 UOKiK zakazane są porozumienia, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym. W ocenie Odwołującego 2, umowa sprzedaży udziałów
w PUK Chojna zawarta pomiędzy Zamawiającym 1 a Zamawiającym 2 stanowi przykład właśnie takiego zakazanego porozumienia, jej jedynym celem, jak zostało wykazane powyżej, była bowiem próba obejście prawa i udzielenie PUK Chojna zamówienia odbierania i zagospodarowania odpadów z Gminy Chojna i Gminy Widuchowa z naruszeniem ustawy.

Odnośnie zarzutu zawartego w punkcie 10. *petitum* odwołania Odwołujący 2 wskazał, że ze względu na wartość zamówienia i jego zakres przedmiotowy, podlega ono przepisom ustawy Pzp oraz Dyrektywy 2014/24/UE. Zgodnie z art. 12 ust. 3 Dyrektywy 2014/24/UE zamówienia publiczne udzielone przez instytucje zamawiające osobie prawa prywatnego lub publicznego przy spełnieniu opisanych w tym artykule przesłanek nie są objęte zakresem stosowania tej dyrektywy. Inaczej mówiąc, przepisów Dyrektywy 2014/24/UE nie stosuje się do tego typu umów, choć w dalszym ciągu stanowią one „zamówienie publiczne", co jednoznacznie wynika z treści art. 12 ust. 3 Dyrektywy 2014/24/UE. Z punktu widzenia prawa unijnego, co wynika z orzecznictwa TSUE, zamówienia publiczne nieobjęte przepisami prawa wtórnego (dyrektywami) w dalszym ciągu podlegają przepisom TFUE. Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej wskazuje, że choć udzielenie tego rodzaju zamówień nie podlega przepisom żadnej z dyrektyw, w których ustawodawca unijny uregulował udzielanie zamówień publicznych, to wpływ prawa unijnego na ich udzielanie rozpatrywać trzeba
w świetle prawa pierwotnego, a w szczególności w świetle podstawowych swobód ustanowionych w TFUE. W konsekwencji, samo wyłączenie spod przepisów Dyrektywy 2014/24/UE nie jest wystarczające do uznania, że nie ma konieczności analizy danego przypadku w kontekście regulacji TFUE, w szczególności wspomnianych w motywie pierwszym preambuły do Dyrektywy 2014/24/UE zasad swobody przedsiębiorczości (art. 49 TFUE) oraz swobody świadczenia usług (art. 56 TFUE), a także z zasadami, które się z nich wywodzą, takimi jak: zasada równego traktowania, zasada niedyskryminacji, zasada wzajemnego uznawania, zasada proporcjonalności oraz zasada przejrzystości. Odwołujący 2 zwracał uwagę, że chodzi tu o uwzględnienie całości przepisów prawa pierwotnego (TFUE), a nie tylko wybranych i wskazanych przykładowo regulacji. Obejmuje to zatem również przepisy dotyczące reguł konkurencji określone w art. 101-108 TFUE,
w szczególności art. 102 zakazującego nadużywania pozycji dominującej oraz art. 106 i 107 dotyczących pomocy publicznej. Stąd wyłączenia zawartego w art. 12 ust. 3 Dyrektywy 2014/24/UE nie należy interpretować wyłącznie przez

pryzmat jego literalnej treści, ale
w kontekście całości regulacji w TFUE. Z punktu widzenia prawa unijnego nie jest zatem tak, że wyłączenie przewidziane w art. 12 ust. 3 Dyrektywy 2014/24/UE uprawnia zamawiających do całkowitego wyłączenia zamówień publicznych spod wszelkich reguł przewidzianych
w TFUE. W dalszym ciągu są oni związani przepisami w nim określonymi, w tym przepisami o ochronie konkurencji. Aby było inaczej, wyłączenie takie powinno zostać przewidziane
w samym TFUE. Tak jest np. w przypadku, o którym mowa zarówno w Dyrektywie 2014/24/UE jak i PZP a dotyczącym art. 346 TFUE. Co do zasady jednak taki przedsiębiorca jak Zamawiający podlega regułom konkurencji, a przepisów szczególnych wyłączających gminy spod działania przepisów o ochronie konkurencji nie ma. Decyzja Zamawiających
o zastosowaniu trybu niekonkurencyjnego, czyli o udzieleniu zamówienia z wolnej ręki zgodnie z art. 214 ust. 1 pkt 13 ustawy Pzp, powinna zostać zatem poprzedzona,
w poszanowaniu przepisów o ochronie konkurencji, właściwą analizą rynku uprawniającą do stwierdzenia, iż realizacja konkretnych zadań własnych zamawiającego nie jest w inny sposób (przy zachowaniu konkurencji) możliwa oraz z poszanowaniem zasady efektywności wyrażonej w art. 17 ust. 1 i 2 ustawy Pzp. Co więcej, przed wszczęciem postępowania Zamawiający winien przeprowadzić analizę potrzeb i wymagań w rozumieniu art. 83 ustawy Pzp. Obowiązek przeprowadzenia analizy potrzeb i wymagań wyrażony w art. 83 ustawy Pzp ma służyć realizacji zasady efektywności wyrażonej w art. 17 ust. 1 ustawy Pzp. Zgodnie
z powyższą zasadą zamawiający winien udzielać zamówienia w sposób zapewniający najlepszą jakość usług, w ramach środków którymi dysponuje oraz z uwzględnieniem celu jakim jest uzyskanie najlepszych efektów zamówienia w stosunku do poniesionych nakładów (zasada efektywności zamówień publicznych). Odwołujący 2 wskazał, iż przepis art. 83 ust. 3 ustawy Pzp nie przewiduje możliwości odstąpienia od przeprowadzenia analizy przesłanki określonej w art. 214 ust. 1 pkt 13 ustawy Pzp. Dopiero na bazie takiej analizy, z której wynikałoby, że udzielenie zamówienia własnej spółce komunalnej jest jedynym lub najlepszym rozwiązaniem zapewniającym zamawiającemu realizację jego celów, możliwe jest dalsze procedowanie. Odwołujący 2 wskazał, że z treści ogłoszenia nie wynika, że Zamawiający przeprowadzili obligatoryjną, w szczególności w kontekście udzielenia zamówienia z wolnej ręki, analizę potrzeb i wymagań. Co więcej, z treści ogłoszenia, sekcja III.3.1) wynika wprost, że Zamawiający nie prowadzili konsultacji rynkowych. Powyższe stanowi zatem naruszenie art. 83 ustawy Pzp. Podsumowując Odwołujący 2 stwierdził, że do udzielania zamówienia, o którym mowa w art. 214 ust. 1 pkt 13 ustawy Pzp w trybie z wolnej ręki nie wystarczy spełnienie przesłanek wskazanych w tym przepisie. Konieczne jest również to, aby zamówienie takie było zgodne z wymogami PZP i TFUE. Jednocześnie zamówienie takie nie korzysta z domniemania zgodności z TFUE, jest bowiem zamówieniem wyłączonym spod zakresu stosowania Dyrektywy 2014/24/UE. W praktyce oznacza to konieczność każdorazowego sprawdzania, czy w danych okolicznościach faktycznych zamówienie, którego zamawiający planuje udzielić na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 13 ustawy Pzp nie narusza TFUE. W celu zachowania zgodności z TFUE, ustawodawca polski regulując zamówienia, o których mowa w art. 12 ust. 3 Dyrektywy 2014/24/UE i przewidując dla nich tryb zamówienia z wolnej ręki przewidział specjalny mechanizm weryfikacji (analizy) tej zgodności w zakresie sytuacji rynkowej odpowiadający wymogom, o których mowa wyżej. Mechanizm ten został zawarty w art. 216 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z Załącznikiem nr 2 do Rozporządzenia (tj. publikacji ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy). Wymóg publikacji ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy ma na celu weryfikację sytuacji na rynku w zakresie planowanego zamówienia. Zamawiający informuje o swym zamiarze skorzystania z art. 214 ust. 1 pkt 13 ustawy Pzp i dopiero po 14 dniach od zamieszczenia takiej informacji jest uprawniony do zawarcia umowy ze wskazanym w ogłoszeniu podmiotem, co wynika z art. 216 ust. 2 ustawy Pzp. Jednak w przypadku, gdy okaże się, że zainteresowanie przedmiotowym zamówieniem wyrażą inne podmioty, udzielenie takiego zamówienia w trybie z wolnej ręki nie będzie możliwe. Nie zostaną bowiem w tym przypadku spełnione wymogi zachowania zgodności z TFUE. Konieczne będzie wówczas skorzystanie z innych trybów przewidzianych w PZP, przede wszystkim zaś z trybów podstawowych przewidzianych w art. 129 ust. 2 ustawy Pzp, tj. przetargu nieograniczonego i przetargu ograniczonego. Zamawiający nawet nie podjęli próby wykazania w Ogłoszeniu, że takie analizy zostały przeprowadzone, a powyższe wymogi spełnione.

Podsumowując Odwołujący 2 wskazał, że Zamawiający, którzy zamierzają udzielić zamówienia na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 13 ustawy Pzp w związku z art. 12 ust. 3 Dyrektywy 2014/24/UE, mają obowiązek każdorazowego sprawdzania, czy w danych okolicznościach faktycznych zamówienie, którego planują udzielić nie narusza TFUE. Brak takiej analizy stanowi jaskrawe naruszenie art. 83 ustawy Pzp, art. 214 ust. 1 pkt 13 ustawy Pzp oraz art. 16 ust. 1 ustawy Pzp i 17 ustawy Pzp jak również zasad konkurencji wynikających z art. 49, art. 56, art. 102 i art. 106 TFUE.
Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 17 kwietnia 2021 r. wniósł
o odrzucenie odwołania z uwagi na naruszenie przez Odwołującego 2 dyspozycji art. 514 ust. 2 ustawy Pzp, a w przypadku nieuwzględnienia ww. wniosku - o oddalenie odwołania
w całości. Zamawiający w uzasadnieniu odpowiedzi na odwołanie przedstawił szeroką argumentację na poparcie prezentowanego stanowiska oraz załączył dowody na jego poparcie.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestników postępowania odwoławczego, na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń
i stanowisk Stron i Uczestników postępowania odwoławczego Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Na wstępie Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołań.

Izba nie uwzględniła wniosków Zamawiających o odrzucenie odwołania wniesionego przez SGDO oraz ATF na podstawie art. 528 ust. 6 ustawy Pzp z uwagi na brak możliwości zapoznania się z treścią odwołań stosownie do dyspozycji art. 514 ust. 2 ustawy Pzp. Ww. wnioski Zamawiający uzasadniali tym, że kopia odwołania wniesionego przez SGDO została przekazana Zamawiającym w dniu 8 marca 2021 r. o godz. 15.27, tj. po godzinach pracy Zamawiających. Analogiczną argumentację Zamawiający podnieśli w przypadku odwołania wniesionego przez ATF wskazując, że kopię odwołania otrzymali w dniu 8 marca 2021 r.
o godz. 18.07.

Zgodnie z art. 528 ust. 6 ustawy Pzp, Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołujący nie przekazał zamawiającemu odpowiednio odwołania albo jego kopii, zgodnie
z art. 514 ust. 2. W myśl art. 514 ust. 2 ustawy Pzp, odwołujący przekazuje zamawiającemu odwołanie wniesione w formie elektronicznej albo postaci elektronicznej albo kopię tego odwołania, jeżeli zostało ono wniesione w formie pisemnej, przed upływem terminu do wniesienia odwołania w taki sposób, aby mógł on zapoznać się z jego treścią przed upływem tego terminu. Powyższy przepis wskazuje na konieczność przekazania zamawiającemu odwołania lub jego

kopii, nie ogranicza jednak sposobów, w jakich przekazanie to ma nastąpić. Istotne jest to, aby zostało ono przekazane w taki sposób, by zamawiający miał możliwość zapoznać się z jego treścią, przy czym nie chodzi tutaj o datę faktycznego zapoznania się przez zamawiającego z treścią odwołania, lecz o samą możliwość zapoznania się z jego treścią. Zgodnie zaś z art. 514 ust. 3 ustawy Pzp, domniemywa się, że zamawiający mógł zapoznać się z treścią odwołania przed upływem terminu do jego wniesienia, jeżeli przekazanie odpowiednio odwołania albo jego kopii nastąpiło przed upływem terminu do jego wniesienia przy użyciu środków komunikacji elektronicznej. Przekazanie odwołania lub jego kopii przy użyciu środków komunikacji elektronicznej (zdefiniowanych w art. 7 pkt 23 ustawy Pzp) nie musi być dokonane w godzinach pracy urzędu zamawiającego, może nastąpić w każdym momencie do upływu terminu na wniesienie odwołania, niezależnie od faktycznych godzin pracy jednostki zamawiającej (tak KIO w postanowieniu z dnia 15 czerwca 2021 r. sygn. akt: KIO 1337/21). W ocenie Izby Zamawiający – na których w tym zakresie spoczywał ciężar dowodu – nie wykazali, iż z uwagi na sposób przesłania odwołania, nie mogli zapoznać się z jego treścią przed upływem tego terminu. Tym samym powyższe wnioski nie mogły zostać uwzględnione.

Izba oceniła, że Odwołujący 1 oraz Odwołujący 2 wykazali interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnili materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Zamawiający w dniu 10 marca 2021 r. powiadomili wykonawców o odwołaniach wniesionych przez wykonawcę SGDO i wykonawcę ATF.

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu odwoławczym w sprawie o sygn. akt: KIO 731/21 wykonawcę ATF oraz PUK Chojna zgłaszających przystąpienia do postępowania odwoławczego w dniu 12 marca 2021 r. odpowiednio po stronie Odwołującego 1 oraz Zamawiających. Jednocześnie Izba dopuściła do udziału w postępowaniu odwoławczym w sprawie o sygn. akt: KIO 747/21 wykonawcę PUK Chojna zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego w dniu 12 marca 2021 r. po stronie Zamawiających oraz wykonawców Partner Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Warszawie, M. M. prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą Usługi Komunalne „BŁYSK" M. M. w Łomży Przedsiębiorstwo Oczyszczania Miasta EKO Sp. z o.o. z siedzibą Kaliszu oraz W. B. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą „BYŚ" W. B. w Warszawie zgłaszających przystąpienia do postępowania odwoławczego odpowiednio w dniu 15 i 12 marca 2021 r. po stronie Odwołującego 2.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowych sprawy Izba uwzględniła dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiających, w szczególności protokół postępowania o udzielenie zamówienia wraz z załącznikami.

Skład orzekający Izby wziął pod uwagę również stanowiska i oświadczenia Stron i Uczestników postępowania odwoławczego złożone w pismach procesowych oraz ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 17 czerwca 2021 r., w tym odpowiedzi na odwołania z załącznikami.

Izba włączyła w poczet materiału sprawy o sygn. akt: KIO 747/21 dowody złożone przez Odwołującego 2, tj.:
1. pismo Odwołującego skierowane do PUK Chojna z dnia 13 stycznia 2021 r.;
2. pismo PUK Chojna z dnia 11 stycznia 2021 r.;
3. pismo Gminy Widuchowa z dnia 22 marca 2021 r.;
4. pismo Odwołującego 2 z dnia 28 grudnia 2020 r.;
5. zawiadomienie Gminy Widuchowa z dnia 30 kwietnia 2021 r.;
6. pismo gminy Widuchowa z dnia 1 czerwca 2021 r.;
7. pismo Odwołującego 2 skierowane do Gminy Widuchowa z dnia 21 kwietnia 2021 r.;
8. pismo Gminy Widuchowa (pismo bez daty - zawodnienie o przedłużeniu załatwienia sprawy);
9. pismo Odwołującego 1 skierowane do Gminy Widuchowa z dnia 8 marca 2021r.
10. pismo Gminy Widuchowa z dnia 8 lutego 2021 r.;
11. pismo Gminy Widuchowa z dnia 22 lutego 2021 r.;
12. korespondencja elektroniczna z dnia 25 stycznia 2021 r.;
13. pismo Odwołującego 2 skierowane do Gminy Chojna z dnia 8 marca 2021 r.;
14. pismo Odwołującego 2 do Gminy Widuchowa z dnia 13 stycznia 2021 r.;
15. pismo Odwołującego 2 z dnia 11 stycznia 2021 r.;
16. pismo Gminy Widuchowa z dnia 11 stycznia 2021 r.;
17. pismo odwołującego do Gminy Chojna z dnia 29 grudnia 2020 r.;
18. pismo Gminy Chojna z dnia 22 marca 2019 r.;
19. pismo Odwołującego 2 skierowane do Gminy Chojna z dnia 21 kwietnia 2021 r.;
20. pismo Odwołującego 2 z dnia 28 grudnia 2020 r.;
21. pismo Odwołującego 2 skierowane do Gminy Widuchowa z dnia 29 grudnia 2020 r.;
22. pismo Gminy Chojna z dnia 11 stycznia 2021 r.;
23. pismo Odwołującego 2 do Gminy Chojna z dnia 13 stycznia 2021 r.;
24. pismo Gminy Chojna z dnia 8 lutego 2021 r.

Izba oddaliła wniosek Odwołującego 2 o skierowanie pytań prejudycjalnych do Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej w sprawie wykładni przepisu art. 12 ust. 1 – 3 oraz art. 12 ust. 5 Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej Dyrektywę 2004/18/WE, uznając, iż jest on nieprzydatny dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy. W ocenie Izby przedmiotowy wniosek w okolicznościach zawisłego sporu, w tym w szczególności wobec dokonanej analizy uzasadnienia faktycznego i prawnego wybranego trybu zamówienia z wolnej ręki zamieszczonego w Biuletynie Zamówień Publicznych pozbawiony był uzasadnienia i służyłby jedynie przedłużeniu postępowania odwoławczego.

Izba ustaliła, co następuje:

Zgodnie z treścią ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy zamieszczonego w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 26 lutego 2021 r. pod numerem 2021/BZP 00011450/01 wartość zamówienia została oszacowana na kwotę 8 156 072,40 zł.

Zgodnie z punktem 3.8) ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy (krótki opis przedmiotu zamówienia) przedmiotem zamówienia jest świadczenie na rzecz Gminy Chojna oraz Gminy Widuchowa usługi odbioru i transportu odpadów komunalnych powstających na terenach nieruchomości zamieszkałych gminy Chojna i gminy Widuchowa oraz zagospodarowanie tych odpadów w latach 2021 i 2022, w zakresie którego wchodzi:
1) odbiór i transport odpadów komunalnych – zmieszanych, powstających na nieruchomościach zamieszkałych,
2) odbiór i transport odpadów wielkogabarytowych, powstających na nieruchomościach zamieszkałych,

3) odbiór i transport odpadów selektywnie zebranych, powstających na nieruchomościach zamieszkałych,
4) odbiór i transport przeterminowanych leków i opakowań po lekach pochodzących
z nieruchomości zamieszkałych dostarczonych do punktów aptecznych położonych na terenie Gminy Chojna i Gminy Widuchowa, zgodnie z hierarchią postępowania z odpadami,
6) zorganizowanie i prowadzenie Punktu Selektywnej Zbiórki Odpadów Komunalnych (PSZOK) obejmujące:
a) prowadzenie PSZOK na terenie Gminy Chojna na działce nr 6/2 położonej w obrębie geodezyjnym Kaliska, stanowiącej własność Gminy Chojna,
b) prowadzenie pełnej ewidencji jakościowej i ilościowej przyjmowanych odpadów od mieszkańców Gminy Chojna oraz Gminy Widuchowa,
7) przyjmowanie w PSZOK następujących frakcji odpadów:
a) papier i tektura, czasopisma, gazety i opakowania z papieru i tektury,
b) odpady opakowaniowe ze szkła bezbarwnego i kolorowego,
c) metal, tworzywa sztuczne w tym opakowania oraz opakowania wielomateriałowe typu tetra pak,
d) bioodpady w tym odpady zielone,
e) meble i inne odpady wielkogabarytowe,
f) przeterminowane leki i opakowania po lekach,
g) odpady niekwalifikujące się do odpadów medycznych powstałych w gospodarstwie domowym w wyniku przyjmowania produktów leczniczych w formie iniekcji prowadzenia monitoringu poziomu substancji we krwi, w szczególności igły i strzykawki,
h) chemikalia i opakowania po chemikaliach w tym farby, rozpuszczalniki, oleje odpadowe,
i) zużyte baterie i akumulatory, sprzęt elektryczny i elektroniczny,
j) wszystkiego rodzaju lampy żarowe, halogenowe, świetlówki,
k) zużyte opony z wyłączeniem opon rolniczych oraz opon pochodzących z pojazdów powyżej 3,5 t,
l) odpady budowlane i rozbiórkowe,
m) odpady tekstyliów i odzieży.
8) utrzymanie czystości i porządku na terenie PSZOK. Selektywnie zebrane odpady winny być na bieżąco przekazywane do instalacji odzysku;
9) zapewnienie funkcjonowania PSZOK przez cały okres obowiązywania umowy w dni robocze od poniedziałku do piątku od godziny 7.00 do 15.00 oraz w sobotę od godziny 10.00 do 15.00;
10) prowadzenie edukacji ekologicznej na terenie gminy Chojna oraz gminy Widuchowa.

2. Zadanie w zakresie, o którym mowa w pkt 1 stanowi główny przedmiot zamówienia, który nie może zostać powierzony podwykonawcy i wymaga osobistego wykonania przez zleceniobiorcę.

3. Przedmiotem zamówienia jest również wykonanie przez Zleceniobiorcę na rzecz Gminy Chojna oraz Gminy Widuchowa zagospodarowania odebranych przez Zleceniobiorcę odpadów komunalnych powstających na nieruchomościach zamieszkałych z terenu Gminy Chojna oraz Gminy Widuchowa w instalacji komunalnej wskazanej przez Zleceniobiorcę.

Zamówienie udzielane jest w trybie zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 13 ustawy Pzp.

W ogłoszeniu o zamiarze zawarcia umowy Zamawiający podali następujące uzasadnienie prawne i faktyczne wybranego trybu:
„Spełnione są przesłanki z art. 214 ust. 1 pkt 13 pzp. Zarząd zobowiązany jest do uzyskania zgody Zgromadzenia Wspólników nie tylko do podejmowania czynności strategicznych spółki, ale innych, szczegółowo określonych w Regulaminie zarządu, zatwierdzonym przez Radę Nadzorczą, Regulaminie Rady Nadzorczej. Zgromadzenie Wspólników zatwierdziło czynności zarządu, które wymagają zgody Zgromadzenia Wspólników, określiło zasady powoływania i odwoływania członków organu nadzorczego spółki - Rady Nadzorczej, określiło zasady powoływania i odwoływania członków organu wykonawczego spółki – zarządu, określiło zasady wynagradzania członków zarządu i Rady Nadzorczej, określiło zasady wzajemnej współpracy wspólników i wykonywania praw udziałowych, zatwierdziło Regulaminy dwóch pozostałych organów spółki, zatwierdziło zasady kontroli spółki przez Radę Nadzorczą, w skład której wchodzi przedstawiciel wspólników, ustaliło wytyczne, iż cele strategiczne spółki będą opierały się na zadaniach wykonywanych jako zadania własne wspólników z istotnym wyłączeniem usługi na rzecz podmiotów prywatnych, celem nieprzekroczenia 90% przychodów Spółki (Sp.), określiło sposób wykonyw. kontroli nad działalnością zarządu. NZW uchwałą z 31.12.20r. zatwierdziło uchwały Rady Nadzorczej
w sprawie wyboru zarządu; Zgodnie z §5Regulaminu zarządu, zatwierdzonego przez Radę Nadz. Zarząd zobowiązuje się do stałego kontaktu z Zgromadz. Wspóln. na bieżąco informując o podejmowanych czynnościach w Sp. mających wpływ na cele strategiczne
i zarządcze w Sp. awansów, rozdziałów środków płacowych, świadczeń socjalnych i nagród. Zarząd podejmuje czynności dopiero po zatwierdzeniu odpowiednio przez Radę Nadz. lub Zgromadz. Wspólników, lub oba te organy, w przypadku zamiaru dokonania: inwestycji, zaciągania kredytów i udzielanie gwarancji i poręczeń, jeżeli suma obciążeń przekracza 100tys złotych, zmiany organizacyjnej w Sp., w szczególności wpływającej na zmianę schematu organizacyjnego, zmiany w stosunku do zmiany w zakresie wysokości wynagrodzeń, czy świadczeń pieniężnych związanych z pracą pracowników, systemu premiowania i innych, zawarcia ugody, dokonania umowy darowizny przekraczającej kwotę 10 tys zł w odstępie nie dłuższym niż 6miesięcy, stanowienia wewnętrznych aktów normatywnych regulujących funkcjonowanie Sp., powoływania i odwoływania prokurentów, zatwierdzania bądź odstępowania od umów zawartych w imieniu Sp. w zakresie ustalenia czasu trwania tych umów, ich wartości oraz pracowników Sp. upoważnionych do ich zawierania, innych istotnych spraw dotyczących działań Spółki. Podjęcie czynności, wymienionej w ust.2 Regulaminu bez zgody Rady Nadzorczej lub Zgromadz. Wspólników skutkuje poza odpowiedzialnością odszkodowawczą możliwością natychmiastowego odwołania członka zarządu z pełnionej funkcji. Kontrolowana osoba prawna nie działa w interesie sprzecznym z interesami zamawiających sprawujących nad nią kontrolę – w interesie spółki jest uzyskiwanie wynagrodzenia z zamówień udzielanych przez wspólników. Ponad 90% działalności kontrolow. osoby prawnej dotyczy wykonywania zadań powierzonych jej przez zamawiających sprawujących nad nią kontrolę lub przez inne osoby prawne kontrolowane przez tych zamawiających – co potwierdza prognoza handlowa, stanowiąca tajemnicę przedsiębiorstwa oraz wskaźniki na dzień ogłoszenia o zamiarze udzielenia zamówienia. W wyniku zmian struktury właścicielskiej w dniu 18 grudnia 2020 r., zgodnie z przepisami prawa została przeprowadzona reorganizacja Przedsięb., która skutkować będzie osiągnięciem przez Spółkę w prognozowanych latach wzrostu efektywności jej funkcjonowania. Analizy wykazały posiadanie przez Spółkę wymaganego ustawą PZP procentu działalności 90%. Koncepcja zarządzania i rozwoju Spółki, zakłada wprowadzenie długookresowej reorganizacji mającej na celu spełnienie

następujących celów długookresowych Spółki: trwałe świadczenie usług komunalnych; rozwój infrastruktury technicznej służącej do świadczenia usług; wdrażanie rozwiązań proekologicznych; poszerzenie obszarów działalności; wprowadzenie innowacyjnych rozwiązań; zwiększenie liczby obsługiwanych Klientów; wdrażanie rozwiązań przyjaznych środowisku naturalnemu; zwiększenie efektywności wykorzystania dostępnych zasobów. Nowa strukt. organizac. ogranicza liczbę stanowisk administrac. oraz łączenie funkcji poszczególnych pracowników. Według opracowanych prognoz wskaźnik udziału zadań powierzonych przez Gminy opartych na sprzedaży usług, materiałów i robót budowlanych będzie wynosić odpowiednio: - 98,09 % w 2021 r. - 98,11 % w 22 r.-95,48 % w 2023 r. Analizy finansowe oparte zostały o dostępne prognozy gospodarcze dla polski w zakresie poziomu inflacji i rozwoju przedsiębiorczości oraz miały na celu wskazanie prognozy przychodów w kontekście źródeł ich finansowania. W kontrolowanej osobie prawnej nie ma bezpośredniego udziału kapitału prywatnego - ponieważ100% udziałów w Sp. należy do ww. jst."
Wykonawcą, z którym Zamawiający zamierzają zawrzeć umowę jest Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych Sp. z o.o. z siedzibą w Chojnie.

Izba zważyła, co następuje:

Sprawa o sygn. akt: KIO 731/21

W ocenie Izby potwierdziły się zarzuty zawarte w punkcie 1. i 2. *petitum* odwołania, tj. zarzut naruszenia art. 214 ust. 1 pkt 13 ustawy Pzp poprzez przyjęcie, że na w/w podstawie prawnej jest możliwe udzielenie zamówienia publicznego przez Zamawiającego 1
i Zamawiającego 2 dla Przedsiębiorstwa Usług Komunalnych Sp. z o.o. z siedzibą w Chojnie w sytuacji gdy zamawiający (obaj), nie mają nad ww. wykonawcą kontroli, odpowiadającej kontroli, sprawowanej przez nich nad własnymi jednostkami oraz art. 214 ust. 1 pkt 13
w związku z ust. 9 ustawy Pzp poprzez przyjęcie, że możliwe jest powierzenie zamówienia wykonawcy w trybie zamówienia *in-house*, który nie ma infrastruktury i nie spełnia wymogów do wykonania głównego przedmiotu zamówienia w zakresie zagospodarowania odpadów.
W przedmiocie ww. zarzutu Izba w całości podtrzymuje argumentację zaprezentowaną poniżej w sprawie o sygn. akt: KIO 747/21, tym samym niezasadne jest jej powielanie.
Za nieuzasadnione Izba uznała zarzuty zawarte w punkcie 3. oraz 4. *petitum* odwołania, tj. odpowiednio zarzut naruszenia art. 214 ust. 1 pkt 13 w związku z ust. 6 i ust. 7 ustawy Pzp poprzez niewykazanie przez Zamawiającego 1 i Zamawiającego 2 przesłanek do zastosowania trybu z wolnej ręki poprzez przyjęcie, że Zamawiający sprawują nad PUK Chojna kontrolę a zakup 22 udziałów przez Zamawiającego 2 stanowi „reorganizację ich działalności", o której mowa w art. 214 ust. 6 ustawy Pzp a zakup udziałów może świadczyć
o pozorności reorganizacji działalności oraz zarzut naruszenia art. 214 ust. 1 pkt 13
w związku z ust. 6 ustawy Pzp poprzez przyjęcie, że prognoza handlowa jest wiarygodna, podczas gdy obaj Zamawiający nie przedstawili żadnego dokumentu poświadczającego jej wiarygodność a zapis w ogłoszeniu zawiera stwierdzenie, że prognoza handlowa stanowi tajemnicę przedsiębiorcy, a który to dokument powinien stanowić własność i analizę Zamawiających.

Izba wskazuje, iż lektura odwołania prowadzi do wniosku, że w jego treści brak jest uzasadnienia faktycznego dla postawionych zarzutów w kontekście brzmienia art. 214 ust. 6 i 7 ustawy Pzp. W tym miejscu wskazać należy, iż zgodnie z art. 516 ust. 1 pkt 7 - 10 ustawy Pzp, odwołanie zawiera wskazanie czynności lub zaniechania czynności zamawiającego, której zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy, lub wskazanie zaniechania przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia lub zorganizowania konkursu na podstawie ustawy, zwięzłe przedstawienie zarzutów, żądanie co do sposobu rozstrzygnięcia odwołania oraz wskazanie okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie odwołania. Tym samym to właśnie określone w ww. przepisach wymogi konstrukcyjne odwołania przesądzają, że treść zarzutu nie jest ograniczona wyłącznie do twierdzeń zawartych we wstępnej części odwołania (*petitum*), a dotyczy również okoliczności faktycznych zawartych w sformułowanej przez odwołującego argumentacji. Odwołanie powinno wyrażać zastrzeżenia wobec dokonanych przez zamawiającego czynności lub zaniechań, co oznacza obowiązek zaprezentowania przez odwołującego nie tylko podstawy prawnej takich zastrzeżeń, ale przede wszystkim argumentacji odnoszącej się do postulowanej oceny. Oznacza to zatem konieczność odniesienia się do elementów stanu faktycznego, jak również podjętych czynności lub zaniechań zamawiającego w taki sposób, który pozwoli na uznanie, że podniesione zostały konkretne zarzuty wobec tych czynności lub zaniechań przypisanych zamawiającemu. Podsumowując powyższe Izba stwierdza, że to na wykonawcy, będącym profesjonalistą, spoczywa ciężar przedstawienia w treści odwołania jasnych i szczegółowych zarzutów zbudowanych z dwóch warstw, tj. prawnej i faktycznej, które wyznaczają granice rozstrzygnięcia Izby, która może orzekać wyłącznie w zakresie zarzutów zawartych w odwołaniu (arg. z art. 555 ustawy Pzp).
Wobec powyższego Izba uznała, że ww. zarzuty podlegały oddaleniu.

Sprawa o sygn. akt: KIO 747/21

Odwołanie zasługiwało na uwzględnienie w zakresie zarzutów zawartych w punktach 2.1, 2.2, 2.3, 2.4, 2.5, 2.6 oraz 2.7 *petitum* odwołania. Za nieuzasadnione Izba uznała zarzuty zawarte w punkcie 2.8, 2.9 oraz 2.10 *petitum* odwołania.

Zarzuty określone w punkcie 2.1, 2.2, 2.5, 2.6 oraz 2.7 *petitum* odwołania Izba omówi łącznie, jako że dotyczą one braku wykazania przez Zamawiających ustawowych przesłanek zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki, o których mowa w art. 214 ust. 1 pkt 13 lit. a oraz lit. b) ustawy Pzp.
Tytułem wstępu wskazać należy, iż zgodnie z art. 129 ust. 2 ustawy Pzp, zamawiający może udzielić zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego i przetargu ograniczonego, a w pozostałych trybach zamawiający może udzielić zamówienia
w przypadkach określonych w ustawie. Stosownie do treści art. 216 ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający zamieszcza w Biuletynie Zamówień Publicznych ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy, przed udzieleniem zamówienia na podstawie , na zasadach określonych w dziale III rozdziale 2. W § 2 pkt 2 rozporządzeniaMinistra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie ogłoszeń zamieszczanych
w Biuletynie Zamówień Publicznych (Dz. U. z 2020 r. poz. 2439)określono zakres informacji zawartych w ogłoszeniach zamieszczanych w BZP dla ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy (załącznik nr 2), tj. m.in. dotyczących trybu udzielenia zamówienia (pkt 4) obejmujących uzasadnienie faktyczne i prawne wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki
(ppkt 2) oraz zawarcia umowy (pkt 5) obejmujących m.in. krajowy numer identyfikacyjny
w przypadku polskich wykonawców – numer REGON lub NIP (jeżeli dotyczy) w sytuacji, gdy wykonawca prowadzi

działalności gospodarczą (ppkt 2).
Z powyższego wynika zatem, iż na zamawiających nałożone zostały określone obowiązki informacyjne, w tym w szczególności dotyczące przedstawienia uzasadnienia faktycznego i prawnego trybu zamówienia z wolnej ręki. Powyższa czynność zamawiającego (przedstawienie uzasadnienia w BZP) ma kluczowe znacznie dla wykonawców potencjalnie zainteresowanych danym zamówieniem, którzy na podstawie zamieszczonego właśnie
w Biuletynie Zamówień Publicznych uzasadnienia wybranego trybu dokonują oceny prawidłowości czynności zamawiającego, przede wszystkim z uwagi na ewentualność skorzystania ze środków ochrony prawnej. Dokonywana następczo przez Izbę ocena legalności zastosowanego trybu udzielenia zamówienia wywołanego wniesieniem odwołania również następuje w oparciu o uzasadnienie faktyczne i prawne upublicznione w Biuletynie Zamówień Publicznych. Tym samym to po stronie zamawiającego leży zawsze wyczerpujące i wszechstronne przedstawienie okoliczności faktycznych i prawnych celem wykazania wszystkich przesłanek warunkujących udzielenie zamówienia *in – house* na podstawie
art. 214 ust. 1 pkt 13 ustawy Pzp, poddawanych ewentualnej kontroli wykonawców oraz Izby.

Zdaniem Izby w okolicznościach rozpoznawanej sprawy Zamawiający nie sprostali powyższemu obowiązkowi, a poddane ocenie uzasadnienie faktyczne i prawne zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych było lakoniczne i hasłowe, przez co
w konsekwencji nie potwierdzało zasadności wybranego trybu zamówienia z wolnej ręki.
W tym miejscu wskazać należy, iż nie zasługiwało na uwzględnienie stanowisko Zamawiających wyrażone w odpowiedzi na odwołanie jakoby Odwołujący 2 nie odniósł się do obszernej części wstępnej uzasadnienia zawartego w ramach informacji o zamiarze zawarcia umowy zamieszczonej w BIP Zamawiającego, w tym fragmentu przywołanego na str. 29 – 32 odpowiedzi na odwołanie. Odnosząc się do powyższego Izba wskazuje, iż
w dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia przekazanej przez Zamawiających na nośniku CD zamieszczono m.in. pliki pt. „6_ogloszenie o zamiarze zawarcia umowy BIP" oraz „6_OGŁOSZENIE O ZAMIARZ ZAWARCIA UMOWY". W oparciu o przekazaną przez Zamawiających dokumentację postępowania Izba ustaliła, że drug z ww. plików stanowił ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy zamieszczone w BZP w dniu 26 lutego 2021 r. pod numerem 2021/BZP 00011450/01. Pierwszy plik stanowił natomiast potwierdzenie zamieszczenia ww. ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy w BZP na stronie internetowej Zamawiającego. Jednocześnie Izba ustaliła, że na stronie internetowej Gminy Chojna (BIP) w zakładce dotyczącej przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia zamieszczono plik o nazwie: „" stanowiący ww. ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy przekazane do Biuletynu Zamówień Publicznych. Tym samym treść ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy zamieszczonego
w Biuletynie Informacji Publicznej był tożsama z treścią ogłoszenia opublikowanego
w Biuletynie Zamówień Publicznych. Innymi słowy Zamawiający nie wykazali, że uzasadnienie zastosowanego trybu udzielenia zamówienia zamieszczone w BIP było obszerniejsze w swej treści niż zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych. Ogłoszenia o treści szerszej niż zamieszczone w BZP nie przekazano w ramach akt sprawy odwoławczej. Tym samym ocena legalności zastosowanego przez Zamawiających trybu udzielenia zamówienia dokonana została przez Izbę na podstawie ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy zamieszczonego w BZP w dniu 26 lutego 2021 r. pod numerem 2021/BZP 00011450/01.
Istotą niniejszego sporu jest rozstrzygnięcie, czy w rozpoznawanym przypadku zostały wykazane przesłanki uprawniające Zamawiającego do udzielenia zamówienia
z wolnej ręki na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 13 ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 214 ust. 1 pkt 13 ustawy Pzp, zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki, jeżeli zamówienie udzielane jest przez zamawiającego, o którym mowa
w i , osobie prawnej, jeżeli spełnione są łącznie następujące warunki:
a) zamawiający wspólnie z innymi zamawiającymi, o których mowa w i , sprawuje nad daną osobą prawną kontrolę, która odpowiada kontroli sprawowanej przez nich nad własnymi jednostkami, przy czym wspólne sprawowanie kontroli ma miejsce, jeżeli spełnione są łącznie następujące warunki:
- w skład organów decyzyjnych kontrolowanej osoby prawnej wchodzą przedstawiciele wszystkich uczestniczących zamawiających, z zastrzeżeniem, że poszczególny przedstawiciel może reprezentować więcej niż jednego zamawiającego,
- uczestniczący zamawiający mogą wspólnie wywierać dominujący wpływ na cele strategiczne oraz istotne decyzje kontrolowanej osoby prawnej,
- kontrolowana osoba prawna nie działa w interesie sprzecznym z interesami zamawiających sprawujących nad nią kontrolę,
b) ponad 90% działalności kontrolowanej osoby prawnej dotyczy wykonywania zadań powierzonych jej przez zamawiających sprawujących nad nią kontrolę lub przez inne osoby prawne kontrolowane przez tych zamawiających,
c) w kontrolowanej osobie prawnej nie ma bezpośredniego udziału kapitału prywatnego.

Zgodnie z ust. 5 art. 214 ustawy Pzp, 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. Z kolei w myśl ust. 6, w przypadku gdy ze względu na dzień utworzenia lub rozpoczęcia działalności przez osobę prawną lub zamawiającego lub reorganizację ich działalności dane dotyczące średniego przychodu za 3 lata poprzedzające udzielenie zamówienia są niedostępne lub nieadekwatne, procent działalności, o którym mowa w ust. 1 pkt 11 lit. b, pkt 12 lit. b, pkt 13 lit. b i pkt 14 lit. c, ustala się za pomocą wiarygodnych prognoz handlowych. Wymaganie 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, nie jest spełnione, jeżeli reorganizacja działalności, o której mowa w ust. 6, została przeprowadzona dla pozoru (art. 214 ust. 7 ustawy Pzp).
Izba uznała, że w okolicznościach rozpoznawanej sprawy Zamawiający nie wykazali przesłanki, o której mowa w art. 214 ust. 1 pkt 13 lit. a *tiret* drugie ustawy Pzp. Jedynie dla porządku Izba wskazuje, iż analiza odwołania prowadzi do wniosku, że Odwołujący 2 nie kwestionował spełnienia przez Zamawiających przesłanki udzielenia zamówienia z wolnej ręki uregulowanej w art. 214 ust. 1 pkt 13 lit. a *tiret* pierwsze i trzecie ustawy Pzp, tym samym ziszczenie się ww. przesłanek Izba uznała za okoliczność bezsporną. Przypomnieć jednak należy, iż dla spełnienia przesłanki „kontroli analogicznej" w rozumieniu ww. przepisu konieczne jest łączne spełnienie warunków określonych tym przepisem.

Jak wynika z analizy art. 214 ust. 1 pkt 13 ustawy Pzp, udzielenie zamówienia
z wolnej ręki będzie możliwe takiej osobie prawnej, nad którą zamawiający sprawują kontrolę odpowiadającą kontroli sprawowanej przez nich nad własnymi jednostkami polegającą na dominującymi wpływie na cele strategiczne oraz istotne decyzje dotyczące kontrolowanej osoby prawnej, przy czym istotne jest aby kontrola ta była sprawowana wspólnie. Definicja „sprawowania kontroli nad jednostką" została zaczerpnięta bezpośrednio z art. 12 ust. 1 dyrektywy klasycznej, w którym wskazano, iż „uznaje się, że instytucja zamawiająca sprawuje nad daną osobą prawną kontrolę podobną do kontroli, jaką sprawuje nad własnymi jednostkami w rozumieniu akapitu pierwszego lit. a), jeżeli wywiera decydujący wpływ zarówno na cele strategiczne, jak i na istotne decyzje kontrolowanej osoby prawnej". Interpretacja powyższego pojęcia wymaga zatem uwzględnienia orzecznictwa TSUE, które pozostaje nadal aktualne (por. w szczególności orzeczenia Trybunału z 18 listopada 1999 r.
w sprawie Teckal, z 13 października 2005 r. w sprawie Parking Brixen,
z 13 listopada 2008 r. w sprawie Coditel, z 11 maja 2006 r. w sprawie
Carbotermo).
Za wyrokiem KIO z dnia 4 października 2019 r. sygn. akt: KIO 1842/19 Izba wskazuje, że*„Uwzględniając dorobek orzeczniczy Trybunału Sprawiedliwości, w doktrynie wskazuje się, że dominujący wpływ na cele strategiczne powinien być rozumiany jako skupienie po stronie zamawiającego wykonującego kontrolę nad daną osobą prawną kompetencji w zakresie wyznaczania celów, do których realizacji została powołana dana osoba prawna, czy też modyfikacji tych celów. Dominujący wpływ na cele strategiczne to także możność wiążącego powierzenia danej osobie prawnej realizacji zadania publicznego, do którego realizacji obowiązany jest zamawiający i w celu realizacji którego powołał do życia daną osobę prawną. W tym kontekście wpływ na cele strategiczne nie powinien być rozumiany jako formalny brak autonomii woli po stronie kontrolowanej osoby prawnej, lecz jako możliwość oddziaływania poprzez działania faktyczne i prawne na realizację powierzonych zadań. Przejawem dominującego wpływu na cele strategiczne będzie konieczność uzgadniania (w ramach ładu korporacyjnego lub w związku z narzuconymi postanowieniami umownymi) kluczowych działań inwestycyjnych i rozwojowych. Z kolei wpływ na istotne decyzje dotyczące zarządzania sprawami osoby prawnej to konieczność uzgadniania (w tym także w postaci zgód korporacyjnych) czynności doniosłych (istotnych) z uwagi na skalę prowadzonej działalności oraz brak autonomicznych uprawnień organu zarządzającego danej osoby prawnej gwarantujących jej daleko posuniętą niezależność decyzyjną (por. J. Jerzykowski (w:) W. Dzierżanowski, J. Jerzykowski, M. Stachowiak „Prawo zamówień publicznych. Komentarz" wyd. VII, WKP 2018)."*
W ogłoszeniu o zamiarze zawarcia umowy zamieszczonym w BZP Zamawiający
w odniesieniu do przesłanki dotyczącej „kontroli analogicznej" podali, że: „Zarząd zobowiązany jest do uzyskania zgody Zgromadzenia Wspólników nie tylko do podejmowania czynności strategicznych spółki, ale innych, szczegółowo określonych w Regulaminie zarządu, zatwierdzonym przez Radę Nadzorczą, Regulaminie Rady Nadzorczej. Zgromadzenie Wspólników zatwierdziło czynności zarządu, które wymagają zgody Zgromadzenia Wspólników, określiło zasady powoływania i odwoływania członków organu nadzorczego spółki - Rady Nadzorczej, określiło zasady powoływania i odwoływania członków organu wykonawczego spółki – zarządu, określiło zasady wynagradzania członków zarządu i Rady Nadzorczej, określiło zasady wzajemnej współpracy wspólników
i wykonywania praw udziałowych, zatwierdziło Regulaminy dwóch pozostałych organów spółki, zatwierdziło zasady kontroli spółki przez Radę Nadzorczą, w skład której wchodzi przedstawiciel wspólników, ustaliło wytyczne, iż cele strategiczne spółki będą opierały się na zadaniach wykonywanych jako zadania własne wspólników z istotnym wyłączeniem usługi na rzecz podmiotów prywatnych, celem nieprzekroczenia 90% przychodów Spółki (Sp.), określiło sposób wykonyw. kontroli nad działalnością zarządu. NZW uchwałą z 31.12.20r. zatwierdziło uchwały Rady Nadzorczej w sprawie wyboru zarządu; Zgodnie z §5Regulaminu zarządu, zatwierdzonego przez Radę Nadz. Zarząd zobowiązuje się do stałego kontaktu
z Zgromadz. Wspóln. na bieżąco informując o podejmowanych czynnościach w Sp. mających wpływ na cele strategiczne i zarządcze w Sp. awansów, rozdziałów środków płacowych, świadczeń socjalnych i nagród. Zarząd podejmuje czynności dopiero po zatwierdzeniu odpowiednio przez Radę Nadz. lub Zgromadz. Wspólników, lub oba te organy, w przypadku zamiaru dokonania: inwestycji, zaciągania kredytów i udzielanie gwarancji
i poręczeń, jeżeli suma obciążeń przekracza 100tys złotych, zmiany organizacyjnej w Sp.,
w szczególności wpływającej na zmianę schematu organizacyjnego, zmiany w stosunku do zmiany w zakresie wysokości wynagrodzeń, czy świadczeń pieniężnych związanych z pracą pracowników, systemu premiowania i innych, zawarcia ugody, dokonania umowy darowizny przekraczającej kwotę 10 tys zł w odstępie nie dłuższym niż 6miesięcy, stanowienia wewnętrznych aktów normatywnych regulujących funkcjonowanie Sp., powoływania
i odwoływania prokurentów, zatwierdzania bądź odstępowania od umów zawartych w imieniu Sp. w zakresie ustalenia czasu trwania tych umów, ich wartości oraz pracowników Sp. upoważnionych do ich zawierania, innych istotnych spraw dotyczących działań Spółki. Podjęcie czynności, wymienionej w ust.2 Regulaminu bez zgody Rady Nadzorczej lub Zgromadz. Wspólników skutkuje poza odpowiedzialnością odszkodowawczą możliwością natychmiastowego odwołania członka zarządu z pełnionej funkcji."
Uwzględniając powyższe oraz dokonując analizy uzasadnienia faktycznego
i prawnego zastosowanego trybu zamówienia Izba stwierdziła, że Zamawiający nie wykazali, że sprawują wspólnie nad PUK Chojna kontrolę odpowiadającą kontroli sprawowanej przez nich nad własnymi jednostkami. W szczególności w okolicznościach przedmiotowej sprawy Zamawiający nie wyjaśnili w jaki sposób Gmina Widuchowa posiadając 22 udziały w spółce PUK Chojna (stanowiące 0,25% udziałów w kapitale zakładowym) będzie sprawowała faktyczną kontrolę przekładającą się na wyznaczanie celów strategicznych oraz istotnych decyzji w kontrolowanej osobie prawnej.
Co więcej, dostrzec należy, iż w treści ogłoszenia
o zamiarze zawarcia umowy zamieszczonego w Biuletynie Zamówień Publicznych kwestia zbycia udziałów przez Gminę Chojna na rzecz Gminy Widuchowa, w tym ich ilości została pominięta. Zdaniem składu orzekającego sam fakt nabycia przez Gminę Widuchowa 0,25% udziałów w spółce PUK Chojna nie przesądza o tym, że gmina sprawuje nad Spółką – wspólnie z Gminą Chojna – kontrolę analogiczną, o której mowa w art. 214 ust. 1 pkt 13 lit. a ustawy Pzp. Tym samym nawet posiadanie przez obie gminy 100% udziałów w PUK Chojna nie stanowi*per se* o ziszczeniu się omawianej przesłanki udzielenia zamówienia w trybie
in-house w kontekście wspólnego sprawowania kontroli nad jednostką podległą.
Dalej wskazać należy, iż przywołane przez Zamawiających w ogłoszeniu o zamiarze zawarcia umowy czynności zarządu oraz rady nadzorczej wymagające zgody zgromadzenia wspólników nie potwierdzają, że obie gminy wspólnie mogą wywierać dominujący wpływ na cele instytucji podległej, zatwierdzać/uchylać cele projektowane przez

kontrolowaną jednostkę, czy też wydawać jej wiążące polecenia. W szczególności nie zostało wykazane w jaki sposób Gmina Widuchowa – wspólnik mniejszościowy posiadający mniej niż 10% udziałów w kapitale zakładowym będzie rzeczywiście sprawowała kontrolę nad PUK Chojna i wywierała dominujący wpływ na cele strategiczne i istotne decyzje w kontrolowanej Spółce (por. art. 223 i 236 KSH). Wylistowane w ogłoszeniu o zamiarze zawarcia umowy przez Zamawiających czynności zarządu oraz rady nadzorczej wymagające zgody zgromadzenia wspólników w ocenie Izby nie potwierdzały przesłanki „kontroli analogicznej". Na podstawie przedstawionego przez Zamawiających uzasadnienia zastosowanego trybu nie sposób stwierdzić, iż Gmina Widuchowa posiadająca 22 udziały w spółce PUK Chojna posiada wystarczające prawa do wspólnego sprawowania skutecznej kontroli nad jednostką podległą.

Z lektury uzasadnienia zastosowanego trybu nie wynika również, aby wspólnik mniejszościowy (Gmina Widuchowa) nabył szczególne uprawnienia, które wzmacniałyby jego pozycję i umożliwiały mu wywieranie wpływu na cele strategiczne oraz istotne decyzje Spółki. W szczególności nie zostało wykazane, aby do umowy spółki wprowadzone zostały postanowienia przewidujące uprzywilejowanie udziałów Gminy Widuchowa co do prawa głosu w zgromadzeniu wspólników, tak aby można było mówić o faktycznym wpływie na funkcjonowanie spółki oraz jej organów. W ogłoszeniu o zamiarze zawarcia umowy nie przedstawiono nawet zależności między organami spółki, czy też struktury organów spółki PUK Chojna, ich składu oraz sposobu podejmowania decyzji.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba uznała, że Zamawiający nie wykazali, iż sprawują wspólnie kontrolępolegającą na dominującym wpływie na cele strategiczne i istotne decyzje dotyczące zarządzania sprawami PUK Chojna, przez co przesłanka określona w art. 214 ust. 1 pkt 13 lit. a ustawy Pzp nie została spełniona.

Kolejno Izba doszła do przekonania, iż w okolicznościach przedmiotowej sprawy Zamawiający nie wykazali również przesłanki, o której mowa w art. 214 ust. 1 pkt 13 lit. b ustawy Pzp, tj. ponad 90% działalności kontrolowanej osoby prawnej dotyczy wykonywania zadań powierzonych jej przez zamawiających sprawujących nad nią kontrolę lub przez inne osoby prawne kontrolowane przez tych zamawiających.

Jak wynika z analizy przepisów art. 214 ust. 5 – 7 ustawy Pzp, co do zasady, do obliczania procentu działalności uwzględnia się średni przychód za 3 lata poprzedzające udzielenie zamówienia. Procent działalności ustala się za pomocą wiarygodnych prognoz handlowych tylko w przypadku, gdy ze względu na dzień utworzenia lub rozpoczęcia działalności przez osobę prawną lub zamawiającego lub reorganizację ich działalności dane dotyczące średniego przychodu za 3 lata poprzedzające udzielenie zamówienia są niedostępne lub nieadekwatne. Tym samym aby weryfikować procent działalności na podstawie prognoz handlowych, musi nastąpić sytuacja, w której albo miało miejsce utworzenie nowego podmiotu lub rozpoczęcie przez ten podmiot działalności, albo miała miejsce jego reorganizacja. Co istotne, zaistnienie powyższych okoliczności nie oznacza jeszcze automatyzmu w skorzystaniu z wiarygodnych prognoz handlowych. Taki obowiązek powstaje dopiero w chwili, gdy dane dotyczące średniego przychodu za 3 lata poprzedzające są niedostępne lub nieadekwatne. Tak jak w przypadku powstania nowego podmiotu czy też rozpoczęcia przez niego działalności naturalnym i logicznym jest, że dane dotyczące średniego przychodu z działalności za 3 lata poprzedzające nie są dostępne, tak sam fakt reorganizacji podmiotu nie świadczy jeszcze o tym, że dane dotychczasowe stają się nieadekwatne. W przeciwnym wypadku ustawodawca zdecydowałby się na precyzyjne wskazanie, iż w przypadku reorganizacji osoby prawnej lub zamawiającego procent działalności, o którym mowa w art. 214 ust. 1 pkt 13 lit. b ustawy Pzp, ustala się za pomocą wiarygodnych prognoz handlowych, bez odwoływania się – jak ma to miejsce w treści art. 214 ust. 6 ustawy Pzp – do kwestii adekwatności danych z 3 lat poprzedzających udzielenie zamówienia.

Odnośnie ww. przesłanki wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki Zamawiający w ogłoszeniu o zamiarze zawarcia umowy zamieszczonym w Biuletynie Zamówień Publicznych podali: „Ponad 90% działalności kontrolow. Osoby prawnej dotyczy wykonywania zadań powierzonych jej przez zamawiających sprawujących nad nią kontrolę lub przez inne osoby prawne kontrolowane przez tych zamawiających – co potwierdza prognoza handlowa, stanowiąca tajemnicę przedsiębiorstwa oraz wskaźniki na dzień ogłoszenia o zamiarze udzielenia zamówienia. W wyniku zmiany struktury właścicielskiej w dniu 18 grudnia 2020 r., zgodnie z przepisami prawa została przeprowadzona reorganizacja Przedsięb., która skutkować będzie osiągnięciem przez Spółkę w prognozowanych latach wzrostu efektywności jej funkcjonowania. Analizy wykazały posiadanie przez Spółkę wymaganego ustawą Pzp procentu działalności 90%. Koncepcja zarządzania i rozwoju Spółki, zakłada wprowadzenie długookresowej reorganizacji mającej na celu spełnienie następujących celów długookresowych spółki: (…)". „Nowa struktura organizac. ogranicza liczbę stanowisk administracyjnych oraz łącznie funkcji poszczególnych pracowników. Według opracowanych prognoz wskaźnik udziału zadań powierzonych przez Gminy opartych na sprzedaży usług, materiałów i robót budowlanych będzie wynosić odpowiednio: - 98,09 % w 2021 r. - 98,11 % w 22 r.-95,48 % w 2023 r. Analizy finansowe oparte zostały o dostępne prognozy gospodarcze dla polski w zakresie poziomu inflacji i rozwoju przedsiębiorczości oraz miały na celu wskazanie prognozy przychodów w kontekście źródeł ich finansowania."

Analiza powyższego uzasadnienia – zdaniem składu orzekającego Izby – prowadzi do wniosku, iż Zamawiający nie sprostali obowiązkowi wykazania przesłanki określonej w art. 214 ust. 1 pkt 13 lit. b ustawy Pzp. Po pierwsze wskazać należy, że Zamawiający nie wytłumaczył dlaczego uznał, iż dane dotyczące średniego przychodu za 3 lata poprzedzające udzielenie zamówienia PUK Chojna są niedostępne lub nieadekwatne, przez co procent działalności wykonywanej przez PUK Chojna na potrzeby zastosowania trybu udzielenia zamówienia z wolnej ręki w świetle art. 214 ust. 1 pkt 13 ustawy Pzp można ustalić za pomocą wiarygodnych prognoz handlowych. Innymi słowy z treści uzasadnienia wybranego trybu nie wynika dlaczego przyjęto metodę prognozy handlowej, a nie danych historycznych oraz dlaczego dotychczasowe dane są niedostępne lub nieadekwatne.

W szczególności Zamawiający nie wykazali, iż w Spółce PUK Chojna doszło do takich zmian stanowiących reorganizację Spółki, które spowodowały nieadekwatność danych historycznych w świetle art. 214 ust. 6 ustawy Pzp. Warto również zauważyć, iż w ogłoszeniu o zamiarze zawarcia umowy Zamawiający podali, że „W wyniku zmiany struktury właścicielskiej w dniu 18 grudnia 2020 r., zgodnie z przepisami prawa została przeprowadzona reorganizacja Przedsięb. (…)", nie wskazując przy tym jakie „przepisy prawa" mieli na względzie Zamawiający.

Po drugie stwierdzić należy, iż wykładnia art. 214 ust. 5 i 6 ustawy Pzp prowadzi do wniosku, że w sytuacji gdy zamawiający zamierza powołać się na wiarygodne prognozy handlowe powinien wykazać, iż doszło do reorganizacji działalności danego podmiotu, tj. w okolicznościach przedmiotowej sprawy PUK Chojna.

Lektura przedmiotowego ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy wydaje się prowadzić do wniosku, że reorganizację działalności PUK Chojna Zamawiający utożsamiali ze zmianami w strukturze właścicielskiej. Wskazać jednak należy, iż poza stwierdzeniem, że „w wyniku zmiany struktury właścicielskiej w dniu 18 grudnia 2020 r., zgodnie z przepisami prawa została przeprowadzona reorganizacja Przedsiębiorstwa" Zamawiający nie przedstawili żadnego wywodu merytorycznego uzasadniającego omawianą przesłankę, podając jedynie cele, które mają zostać osiągnięte przez Spółkę w perspektywie długookresowej. Inaczej rzecz ujmując, Zamawiający nie wskazali w treści ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy i nie wyjaśnili w czym upatrywali reorganizacji działalności PUK Chojna, w szczególności jakie konkretnie czynności podjęto, a które przesądzałyby o dokonanej reorganizacji działalności PUK Chojna. Co istotne, w uzasadnieniu zastosowanego trybu zamówienia z wolnej ręki zamieszczonego w BZP, Zamawiający nie podali nawet jakie zmiany struktury właścicielskiej zaszły w dniu 18 grudnia 2020 r. i nie wyjaśnili w jaki sposób zmiany te przekładały się na reorganizację działalności spółki PUK Chojna. Warte podkreślenia jest także to, że Zamawiający nie omówił w ogłoszeniu nawet kluczowych – w jego ocenie – zmian, które zaszły w ww. obszarze, tj. uchwały nr XXIII/168/2020Rady Gminy Widuchowa z dnia 8 grudnia 2020 r. w sprawie wyrażenia zgody na nabycie przez Gminę Widuchowa udziałów w spółce Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych w Chojnie Sp. z o.o. z siedzibą w Chojnie oraz uchwały nr XXVI/207/2020 Rady Miejskiej w Chojnie z dnia 17 grudnia 2020 r. w sprawie wyrażenia zgody na zbycie Gminie Widuchowa udziałów w spółce Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych w Chojnie
Sp. z o.o. z siedzibą w Chojnie, na mocy których Gmina Widuchowa nabyła 22 udziały
w spółce PUK Chojna tj. stanowiących 0,25% udziałów w kapitale zakładowym Spółki.
Dalej Izba stwierdza, iż gdyby nawet przyjąć (ponieważ nie wynika to jednoznacznie
z treści ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy), że wskazana przez Zamawiających
w ogłoszeniu zamieszczonym w BZP okoliczność dotycząca nowej struktury organizacyjnej zakładającej ograniczenie liczby stanowisk administracyjnych oraz łączenie funkcji poszczególnych pracowników przywołana została celem uzasadnienia przesłanki „reorganizacji", to dostrzec trzeba, iż Zamawiający nie przedstawili szerszej argumentacji
w ww. zakresie. Konsekwencją powyższego jest brak możliwość oceny, czy powyższe czynności Zamawiających przekładały się realnie na reorganizację działalności spółki, czy też stanowiły wyraz zwykłych działań biznesowych podejmowanych przez przedsiębiorców.
W tym miejscu Izba wskazuje, iż argumentacja Zamawiających prezentowana w toku rozprawy, w ramach której Zamawiający utożsamiali przeprowadzenie reorganizacji PUK Chojna z rozszerzonym zakresem terytorialnym działania spółki, ilości mieszkańców
i wielkości świadczonych usług nie znalazła odzwierciedlenia w ogłoszeniu o zamiarze zawarcia umowy.
Po trzecie podnieść należy, iż ustawodawca w art. 214 ust. 6 ustawy Pzp wprost wskazał, iż procent działalności, o którym mowa w ust. 1 pkt 11 lit. b, pkt 12 lit. b, pkt 13 lit. b i pkt 14 lit. c, ustala się za pomocą wiarygodnych prognoz handlowych. Tym samym obowiązkiem zamawiającego, który zamierza udzielić zamówienia na podstawie art. 214
ust. 1 pkt 13 ustawy Pzp jest wykazanie, iż prognozy handlowe zostały oparte na wiarygodnych i rzetelnych danych umożliwiających ich późniejszą weryfikację.
W okolicznościach rozpoznawanej sprawy – jak wynika z ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy – prognoza handlowa została objęta tajemnicą przedsiębiorstwa. Za szczególnie istotną przy rozpoznawaniu niniejszej sprawy Izba uznała okoliczność, iż owa prognoza handlowa nie została przekazana nawet Izbie (brak w dokumentacji postępowania
o udzielenie zamówienia przekazanej na płycie CD). Dopiero przy odpowiedzi na odwołanie z dnia 14 czerwca 2021 r. Zamawiający udostępnili Izbie oraz Odwołującym i Uczestnikom postępowania odwoławczego fragmenty rzeczonej prognozy handlowej (str. 13 – 14 oraz 16 – 18). Powyższe działanie Zamawiających należało jednak ocenić na niekorzyść samych Zamawiających, ponieważ brak przekazania pełnej treści owej prognozy handlowej uniemożliwił Izbie ocenę jej wiarygodności w świetle art. 214 ust. 6 ustawy Pzp. Zdaniem składu orzekającego o wiarogodności prognozy handlowej – stanowiącej kluczowy dokument w przypadku, gdy zamawiający zamierza udzielić zamówienia z wolnej ręki na podstawie
art. 214 ust. 1 pkt 13 ustawy Pzp - nie może przesądzić jedynie pewien wybrany przez Zamawiających wycinek/fragment danych w niej zawartych. Za gołosłowne Izba uznała także twierdzenia Zamawiającego i Przystępującego PUK Chojna jakoby przedmiotowa prognoza handlowa była badana przez biegłego rewidenta.
W świetle powyższego Izba uznała, iż Zamawiający nie wykazali przesłanki, o której mowa w art. 214 ust. 1 pkt 13 lit. b ustawy Pzp.
W końcu wskazać należy, iż rację miał Odwołujący 2, który w ramach zarzutu zawartego w punkcie 2.2 *petitum* odwołania podniósł, że ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy nie zawierało informacji wymaganych zgodnie z pkt 5 ppkt 2 załącznika nr 2 do rozporządzenia w sprawie ogłoszeń zamieszczanych w Biuletynie Zamówień Publicznych, tj. numer krajowego numeru identyfikacyjnego podmiotu, z którym ma być zawarta umowa.
W tym stanie rzeczy Izba uznała, iż Zamawiający nie wykazali spełnienia przesłanek określonych w art. 214 ust. 1 pkt 13 ustawy Pzp, tj. przesłanki „kontroli analogicznej" oraz przesłanki dotyczącej procentu działalności wykonywanej przez PUK Chojna na rzecz Zamawiających warunkujących udzielenie zamówienia w trybie z wolnej ręki. Jednocześnie Zamawiający uchybili obowiązkom informacyjnym nałożonym ustawą Pzp, poprzez brak zamieszczenia w ogłoszeniu o zamiarze zawarcia umowy pełnego uzasadnienia faktycznego i prawnego zastosowanego trybu udzielenia zamówienia.
Podkreślić należy, że braku wykazania przesłanek trybu zamówienia z wolnej ręki i niepełnego uzasadnienia
w ogłoszeniu o zamiarze zawarcia umowy nie mogą zastępować przedstawione przez Zamawiających na etapie postępowania odwoławczego dowody. W konsekwencji powyższego Izba nakazała Zamawiającym unieważnienie prowadzonego postępowania
o udzielenie zamówienia na podstawie art. 255 pkt 6 ustawy Pzp, ponieważ jest ono obarczone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia, polegającą na wszczęciu postępowania
w trybie niekonkurencyjnym, pomimo niewykazania spełnienia przesłanek ustawowych uprawniających do zastosowania trybu z wolnej ręki, a wada ta nie może zostać usunięta
w inny sposób.
Potwierdził się zarzut naruszenia art. 214 ust. 1 pkt 13 w zw. z art. 216 ust. 1 w zw.
z art. 272 ustawy Pzp w zw. z pkt 3 ppkt 8 załącznika nr 2 do rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie ogłoszeń zamieszczanych w Biuletynie Zamówień Publicznych (Dz. U. z 2020 r. poz. 2439) poprzez brak zamieszczenia w krótkim opisie przedmiotu zamówienia w ogłoszeniu o zamiarze zawarcia umowy informacji o wielkości i ilości usług lub określenia zapotrzebowania i wymagań, podczas gdy informacje te są wymagane i konieczne.

Zgodnie z art. 216 ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający zamieszcza w Biuletynie Zamówień Publicznych ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy, przed udzieleniem zamówienia na podstawie , na zasadach określonych w dziale III rozdziale 2. W § 2 pkt 2 rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie ogłoszeń zamieszczanych w Biuletynie Zamówień Publicznych (Dz. U. z 2020 r. poz. 2439) określono zakres informacji zawartych w ogłoszeniach zamieszczanych w BZP dla ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy (załącznik nr 2), tj. zakres podstawowych informacji (pkt 1), danych dotyczących zamawiającego (pkt 2), przedmiotu zamówienia (pkt 3), trybu udzielenia zamówienia (pkt 4), zawarcia umowy (pkt 5) informacji dodatkowych (jeśli zamawiający podaje informacje dodatkowe) – pkt 6. Zgodnie z punktem 3 ppkt 8 załącznika nr 2 do ww. rozporządzenia, przedmiot zamówienia zawiera krótki opis przedmiotu zamówienia (wielkość, zakres, rodzaj i ilość dostaw, usług lub robót budowlanych lub określenie zapotrzebowania i wymagań). Z powyższego jednoznacznie wynika, iż obowiązkiem zamawiającego, który zamieszcza w BZP ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy, przed udzieleniem zamówienia na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 13 ustawy Pzp, jest podanie w ogłoszeniu informacji o wielkości, zakresie, rodzaju i ilości dostaw/usług/robót budowlanych lub określenie zapotrzebowania i wymagań. Zgodzić należy się z Odwołującym 2, iż powyższe informacje mają kluczowe znaczenie z punktu widzenia wykonawców, którzy w szczególności na podstawie opisu przedmiotu zamówienia podejmują decyzję, czy dane zamówienie może stanowić przedmiot ich zainteresowania.

W okolicznościach przedmiotowej sprawy Zamawiający bezspornie w krótkim opisie przedmiotu zamówienia (sekcja III ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy) wskazali, że przedmiotem zamówienia jest odbiór, transport oraz zagospodarowanie konkretnych rodzajów odpadów komunalnych powstających na nieruchomościach zamieszkanych z terenu gminy Chojna i Widuchowa, zorganizowanie i prowadzenie PSZOK oraz prowadzenie edukacji ekologicznej. Zamawiający nie podali jednak w ogłoszeniu o zamiarze zawarcia umowy planowanego wolumenu odpadów, które ma odebrać i zagospodarować wykonawca, co też skutkowało brakiem możliwości oceny skali przedmiotowego zamówienia publicznego przez potencjalnych wykonawców zainteresowanych jego wykonaniem. Tym samym pominięcie w treści ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy zamieszczanego w Biuletynie Zamówień Publicznych obligatoryjnych elementów dotyczących wielkości czy ilości zamawianych usług stanowiło naruszenie zarzuconych w odwołaniu przepisów.

Za zasadny Izba uznała zarzut naruszenia art. 214 ust. 1 pkt 13 w związku z art. 214 ust. 9 ustawy Pzp - poprzez przyjęcie, że możliwym jest udzielenie zamówienia wspólnie przez Zamawiającego 1 i Zamawiającego 2 wykonawcy PUK Chojna, którego przedmiotem ma być usługa odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych, powstających na nieruchomościach zamieszkałych, podczas gdy PUK Chojna nie posiada infrastruktury i możliwości świadczenia usług zagospodarowania tych odpadów, a tym samym nie jest możliwe, aby PUK Chojna osobiście wykonała kluczowe części zamówienia, które ma zostać udzielone tej spółce.

Stosownie do treści art. 214 ust. 9 ustawy Pzp, wykonawca, któremu udzielono zamówienia na podstawie ust. 1 pkt 11-13, nie może powierzyć wykonania części zamówienia podwykonawcy, która dotyczy głównego przedmiotu zamówienia.

Na wstępie – w kontekście argumentacji podnoszonej przez Zamawiających - Izba wskazuje, że jakkolwiek dostrzega, iż omawiany przepis skierowany jest do wykonawcy, któremu udzielono zamówienia na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 13 ustawy Pzp, to jednak jego analizy nie można dokonać w oderwaniu od celu regulacji oraz specyfiki zamówień z wolnej ręki typu *in-house,* które z założenia nakierowane są na możliwość wykonania zamówienia własnymi zasobami strony publicznej. W ocenie Izby analiza ww. przepisu prowadzi do wniosku, że wykonawca, któremu udzielono zamówienia typu *in-house* może podzlecić podwykonawcy wykonanie tych elementów przedmiotu zamówienia, które mają charakter pomocniczy i nie świadczą o istocie udzielanego zamówienia. Powyższe uzasadnione jest specyfiką zamówień wewnętrznych powierzanych do wykonania przez zamawiających, które wykonywane są przy użyciu zasobów własnych oraz zasobów uzależnionych od zamawiających, a zatem inaczej niż ma to miejsce przy standardowych zamówienia publicznych. Za własne Izba przyjmuje stanowisko zaprezentowane w Komentarzu Urzędu Zamówień Publicznych do ustawy Prawo zamówień publicznych, Warszawa 2021, z którego wynika, że *„aby uzyskać zamówienie wewnętrzne, podmiot otrzymujący zamówienie musi dysponować zasobem do jego realizacji, zamawiający zaś udzielający takiego zamówienia musi mieć świadomość, że podmiot podległy jest zdolny do wykonania takiego zamówienia i takie zamówienie wykona. Jeśli zarówno zamawiający, jak i kontrolowane przez niego podmioty nie dysponują zasobami pozwalającymi na wykonanie zamierzenia, takie zamierzenie powinno być zlecone na zewnątrz w formie zwykłego zamówienia publicznego. Zatem podmiot podporządkowany zamawiającemu może otrzymać zlecenie, jeśli jest zdolny do jego realizacji, natomiast jeśli nie jest zdolny do realizacji, nie może otrzymać zamówienia wewnętrznego. Nie ma przy tym znaczenia, czy podmiot został utworzony w ściśle określonym celu wsparcia zamawiającego w realizacji jego zadań, istotna jest jego zdolność do realizacji konkretnego zleconego zadania. Jeśli danego zamówienia wewnętrznego osoba prawna nie jest w stanie wykonać samodzielnie lub nie wykonuje samodzielnie pomimo posiadania niezbędnych zasobów i podzleca zamówienie kolejnym podmiotom, to ze swojej istoty zamówienie wewnętrzne przestaje mieć taki charakter.”*

W realiach niniejszej sprawy, jak wynika z krótkiego opisu przedmiotu zamówienia zamieszczonego w BZP, przedmiotem zamówienia publicznego jest usługa odbioru i transportu określonych rodzajów odpadów komunalnych, prowadzenie PSZOK oraz edukacja ekologiczna (pkt 1). Jednocześnie jak wskazali w ogłoszeniu Zamawiający zadanie, o którym mowa w punkcie 1 stanowi główny przedmiot zamówienia, który nie może zostać powierzony podwykonawcy i wymaga osobistego wykonania przez zleceniobiorcę. Zamawiający podali, że przedmiotem zamówienia jest także wykonanie przez zleceniobiorcę na rzecz obu gmin zagospodarowania odebranych odpadów komunalnych powstających na nieruchomościach zamieszkanych z terenu Gminy Chojna oraz Gminy Widuchowa w instalacji komunalnej wskazanej przez zleceniobiorcę. Z powyższego wynika tym samym, iż według Zamawiających świadczenie usługi zagospodarowania odpadów nie wchodziło w zakres głównego przedmiotu zamówienia.

Izba wskazuje, iż dokonanej przez Zamawiających ww. kwalifikacji (podziału) opisu przedmiotu zamówienia w kontekście jego głównych elementów oraz celu nie uznała za wiarygodną. Mając na względzie zasady doświadczenia życiowego, logiki, a także specyfiki zamówień z rynku gospodarkami odpadami nie sposób dać wiarę stanowisku Zamawiających, którzy wskazywali, że zagospodarowanie odpadów komunalnych nie stanowi zasadniczego celu i elementu przedmiotowego zamówienia. Co więcej w przekonaniu Izby, dokonany przez Zamawiających opis przedmiotu zamówienia pomijający usługi zagospodarowania odpadów komunalnych jako główny element zamówienia uzasadniony

był jedynie wiedzą Zamawiających o braku zdolności technicznych (brak instalacji komunalnej) wykonawcy PUK Chojna do świadczenia usług z tego zakresu. Izba podzieliła stanowisko prezentowane przez Odwołującego 2, iż ww. usługi objęte przedmiotem zamówienia (odbiór i transport oraz zagospodarowanie odpadów) stanowią niezależne od siebie usługi. W kontekście powyższego podać należy, iż zgodnie z art. 6d ust. 1 ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 888) wójt, burmistrz lub prezydent miasta jest obowiązany udzielić zamówienia publicznego na odbieranie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, o których mowa w , albo zamówienia publicznego na odbieranie i zagospodarowanie tych odpadów. W myśl natomiast ust. 4 pkt 5 ww. przepisu, wójt, burmistrz lub prezydent miasta w przypadku sporządzania dokumentów zamówienia określa w nich instalacje, w szczególności instalacje komunalne, do których podmiot odbierający odpady komunalne od właścicieli nieruchomości, jest obowiązany przekazać odebrane odpady - w przypadku udzielania zamówienia publicznego na odbieranie odpadów od właścicieli nieruchomości lub zobowiązuje do wskazania takich instalacji w ofercie - w przypadku udzielania zamówienia publicznego na odbieranie i zagospodarowywanie tych odpadów. Powyższe przepisy nakładają zatem odpowiednio na wójta/burmistrza/prezydenta miasta obowiązek udzielenia zamówienia publicznego na odbieranie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości wraz ze wskazaniem instalacji komunalnej, do której podmiot odbierający odpady komunalne obowiązany będzie je przekazać albo zamówienia publicznego na odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych zobowiązując wykonawców do wskazania w ofercie instalacji komunalnej, do której odpady będą przekazywane.
Dalej wskazać należy, iż okolicznością bezsporną między Stronami postępowania odwoławczego jest to, iż wykonawca PUK Chojna, któremu Zamawiający zamierzają powierzyć realizację usług objętych przedmiotem zamówienia nie dysponuje żadną instalacją do zagospodarowania odpadów komunalnych i nie prowadzi działalności w tym zakresie. Co więcej, jak przyznał sam Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie *„Spółka w celu zachowania zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania, o których mowa*
w art. 16 Pzp, ogłosiła w dniu 15 lutego 2021 r. przetarg na: „zawarcia umowy ramowej na zagospodarowanie odpadów komunalnych odbieranych przez Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych w Chojnie nr 21/S 035-086407, nr referencyjny ZP/DEO/01/2021, co wskazuje, że nie ogranicza się udziału podmiotów komercyjnych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Przetarg nie został jeszcze rozstrzygnięty". Ponadto na mocy umowy o współpracy z dnia 18 grudnia 2020 r. zawartej pomiędzy PUK Chojna a Eko-Myśl Sp. z o.o. z siedzibą, spółka Eko-Myśl Sp. z o.o. zobowiązała się do zagospodarowania zmieszanych odpadów komunalnych, segregowanych odpadów komunalnych oraz odpadów pochodzących z PSZOK. Powyższe okoliczności potwierdzają jednoznacznie, że PUK Chojna nie będzie świadczył na rzecz Zamawiających usług zagospodarowania odpadów komunalnymi. Dodać należy, iż sam wykonawca PUK Chojna w toku rozprawy przyznał, że prowadzi już postępowanie o udzielenie zamówienia na zawarcie umowy ramowej na wybór instalacji.
W świetle powyższego stwierdzić należy, iż w realiach rozpoznawanej przez Izbę sprawy w sposób niebudzący wątpliwości wynikało, że część głównego przedmiotu zamówienia stanowiącego zagospodarowanie odpadów komunalnych miała zostać powierzona do wykonania wykonawcy niezdolnemu do jego realizacji, tj. PUK Chojna, co już samo w sobie przeczy prawidłowości wszczęcia przedmiotowego postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 13 ustawy Pzp. Przypomnieć bowiem należy, iż zamówienie z wolnej ręki to tryb udzielenia zamówienia, w którym zamawiający udziela zamówienia po negocjacjach tylko z jednym wykonawcą, po spełnieniu warunków przewidzianych ustawą. W ocenie Izby naturalnym jest jednak to, iż adresatem takiego zamówienia może być wyłącznie podmiot zdolny do jego wykonania,
w szczególności w zakresie realizacji głównego przedmiotu zamówienia. Przyjęcie odmiennego zapatrywania prowadziłoby – zdaniem Izby - w istocie do zaakceptowania sytuacji, w której zamawiający *de facto* udzielałby zasadniczą część przedmiotu zamówienia podmiotowi, z którym nie pozostaje w relacjach określonych przepisem art. 214 ust. 1 pkt 13 ustawy Pzp, co też wypaczałoby istotę zamówień typu *in-house*. Inaczej rzecz ujmując,
w sytuacji gdy zamówienie wewnętrzne zlecone kontrolowanemu podmiotowi zostałoby podzlecone podmiotowi komercyjnemu, stałoby się ono zwykłym zamówienie publicznym
o komercyjnym charakterze.
Z uwagi na powyższe zdaniem składu orzekającego Izby rozpoznającego niniejszą sprawę zarzut naruszenia art. 214 ust. 1 pkt 13 w zw. z art. 214 ust. 9 ustawy Pzp potwierdził się.
Za niezasadny Izba uznała zarzut naruszenia art. 214 ust. 1 pkt 13 ustawy Pzp w zw. z art. 18 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 74 ust. 1 i 2 ustawy Pzp oraz art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. 2020 poz. 1913) („UZNK") poprzez zaniechanie udostępnienia protokołu postępowania oraz prognoz handlowych rzekomo sporządzonych przez Zamawiającego oraz poprzez bezpodstawne uznanie, że prognozy handlowe stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, podczas gdy Zamawiający w żaden sposób nie wykazali czy prognozy te spełniają przestanki określone
w art. 11 ust. 2 UZNK.
Co do zasady Izba podziela argumentację Odwołującego 2, iż jedną z naczelnych zasad systemu zamówień publicznych jest zasada jawności postępowania o udzielenie zamówienia oraz że zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych
z postępowaniem tylko w przypadkach określonych w ustawie (art. 18 ust. 1 i 2 ustawy Pzp). Nie ulega także wątpliwości, iż powyższa zasada realizowana jest m.in. poprzez nałożony na zamawiających obowiązek dokumentowania przebiegu postępowania o udzielenie zamówienia w formie protokołu (art. 71 ustawy Pzp i n.). Jak wynika z kolei z art. 74 ust. 1 ustawy Pzp, protokół postępowania jest jawny i udostępniany na wniosek. Załączniki do protokołu postępowania udostępnia się po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty albo unieważnieniu postępowania, z tym że: 1) oferty wraz z załącznikami udostępnia się niezwłocznie po otwarciu ofert, nie później jednak niż w terminie 3 dni od dnia otwarcia ofert, z uwzględnieniem lub zdanie drugie, a 2) wnioski
o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wraz z załącznikami udostępnia się od dnia poinformowania o wynikach oceny tych wniosków - przy czym nie udostępnia się informacji, które mają charakter poufny, w tym przekazywanych w toku negocjacji lub dialogu (art. 74 ust. 2 ustawy Pzp). Ponadto w § 5 rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii
z dnia 18 grudnia 2020 r. w sprawie protokołów postępowania oraz dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia

publicznego (Dz. U. z 2020 r. poz. 2434) określono sposób oraz formę udostępniania zainteresowanym protokołu postępowania wraz z załącznikami, mając na względzie zasadę jawności postępowania o udzielenie zamówienia. Z powyższych przepisów wynika zatem jednoznacznie, iż w ustawie Prawo zamówień publicznych przewidziano odrębny – względem innych regulacji ustawowych - tryb dostępu do dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia, który winien zostać zastosowany przez wykonawców zainteresowanych uzyskaniem określonych dokumentów.
W świetle powyższego Izba wskazuje, iż Odwołujący 2 nie wykazał jakoby wystąpił do Zamawiających o udostępnienie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia oraz prognozy handlowej w trybie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych. Ze złożonego przez Wykonawcę materiału dowodowego wynikało, iż ATF wnioskował o udostępnienie m.in. ww. dokumentów w trybie przepisów ustawy z dnia 6 września 2001 r. o dostępie do informacji publicznej (Dz. U. Nr 112, poz. 1198 ze zm.), które stanowią odrębną od ustawy Pzp regulację określającą zasady i tryb udostępniania informacji. Co więcej wskazać należy, iż ze złożonego przez Odwołującego 2 materiału dowodowego wynika, iż wniosek o udostępnienie informacji publicznej dotyczący m.in. protokołu postępowania o udzielenie zamówienia wraz z załącznikami, prognozy handlowej oraz analiz sporządzonych przez Zamawiającego wraz z załącznikami, o których mowa w ogłoszeniu o zamiarze zawarcia umowy opublikowanym w BZP, a także analizy potrzeb i wymagań wraz z załącznikami został skierowany do Zamawiających dopiero w dniu 8 marca 2021 r., zatem ostatniego dnia terminu na wniesienie odwołania od czynności Zamawiającego polegającej na wszczęciu przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia w trybie z wolnej ręki. Odwołujący 2 nie dochował zatem należytej staranności w uzyskaniu żądanych dokumentów w trybie przewidzianym w ustawie Pzp.
Wziąwszy pod rozwagę powyższe – zdaniem Izby – przedmiotowy zarzut nie zasługiwał na uwzględnienie.
Za niezasadny Izba uznała zarzut naruszenia art. 214 ust. 1 pkt 13 ustawy Pzp
w związku z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp oraz art. 17 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 129
ust. 2 ustawy Pzp oraz art. 18 Dyrektywy 2014/24/UE w związku z art. 4 pkt 1 lit. a) i z art. 9
ust. 2 pkt 5 UOKIK oraz art. 6 ust. 1 UOKiK poprzez przyjęcie, że zgodne z prawem jest wszczęcie postępowania w trybie niekonkurencyjnym, podczas gdy działanie Zamawiającego 1 i Zamawiającego 2 jest sprzeczne z zasadami konkurencji i stanowi nadużycie pozycji dominującej na rynku właściwym poprzez przeciwdziałanie ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji.
Odnosząc się do ww. zarzutu Izba wskazuje, iż w okolicznościach przedmiotowej nie uznała za wykazaną okoliczność jakoby Zamawiający będący organizatorami rynku usług odbierania odpadów komunalnych na terenie Gminy Chojna oraz Gminy Widuchowa wszczynając przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia z wolnej ręki nadużyli pozycji dominującej na rynku właściwym uniemożliwiając lub co najmniej utrudniając działalność innych wykonawców, poprzez stworzenie barier wejścia na rynek lub rozwoju podmiotów już działających na rynku.
W ocenie Izby przyjęcie argumentacji Odwołującego 2 za słuszną oznaczałoby w zasadzie, iż skorzystanie przez zamawiającego z instytucji *in-house* prowadzi z założenia do takiego nadużycia. Zdaniem Izby, gdyby zgodzić się z Odwołującym 2, należałoby uznać, że tymi regulacjami ustawodawca zezwolił na zachowanie sprzeczne z celami UOKIK i jej art. 9, który nie pozwala na praktyki antykonkurencyjne, w tym przypadku mające się wyrażać w nadużyciu pozycji dominującej podmiotu zamawiającego wynikającej z zastosowania instytucji *in-house*. W przekonaniu Izby przyznana - na gruncie ustawy Pzp -zamawiającym przewaga w wyborze trybu udzielenia zamówienia, w tym możliwość zastosowania omawianej procedury *in-house*, może być postrzegana, jako ograniczenie konkurencji, ale tylko w granicach wyznaczonych prawem, bez możliwości jej wykorzystywania w sposób naganny w rozumieniu UOKIK (por. wyrok KIO z dnia 7 lutego 2017 r. sygn. akt: KIO 96/17).
Dalej Izba wskazuje, że podziela prezentowany w orzecznictwie pogląd, iż z przepisów ustawy Pzp nie wynika, aby dla udzielenia zamówienia w trybie *in-house*, konieczne było spełnienie innych przesłanek niż określone przepisem art. 214 ustawy Pzp (por. wyrok KIO z dnia 4 października 2019 r. sygn. akt: KIO 1842/19 oraz z dnia 16 grudnia 2020 r. sygn. akt: KIO 3069/20). Wskazać należy, iż zgodnie z art. 129 ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający publiczni oraz zamawiający subsydiowani, udzielają zamówienia w jednym z następujących trybów: przetargu nieograniczonego, przetargu ograniczonego, negocjacji z ogłoszeniem, dialogu konkurencyjnego, partnerstwa innowacyjnego, negocjacji bez ogłoszenia oraz zamówienia z wolnej ręki. W myśl ust. 2 ww. przepisu, zamawiający może udzielić zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego i przetargu ograniczonego, a w pozostałych trybach zamawiający może udzielić zamówienia w przypadkach określonych w ustawie. Z powyższego wynika zatem, że udzielenie zamówienia w trybie *in-house* jest dopuszczalne w świetle przepisów ustawy Pzp, o ile spełnione zostaną przesłanki określone w ustawie dla danego rodzaju zamówienia.
W tym miejscu Izba wskazuje, iż podziela i przyjmuje za własny pogląd wyrażony przez Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 27 kwietnia 2021 r. sygn. akt: XXIII Zs 14/21, który choć wydany został na gruncie poprzednio obowiązującego stanu prawnego (ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych), to zachowuje swoją aktualność: *„stosowanie art. 7 ust. 1 PZP2004 w ramach zamówienia publicznego udzielanego z wolnej ręki w trybie in – house nie jest możliwe, albowiem rozważana procedura w rzeczywistości z natury wyłącza zasady uczciwej konkurencji i równe zasady traktowania wykonawców. Jednocześnie ani na gruncie dyrektywy 2014/24/UE, ani na gruncie art. 67 ust. 1 pkt 12 PZP2004 ustawodawca nie odsyła do tych ogólnych przepisów, które zakładają udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wielu konkurujących ze sobą podmiotów, co wymusza równe ich traktowanie. Ze zgoła odmienną sytuacją mamy do czynienia gdy zamówienie publiczne jest udzielane z wolnej ręki w trybie in – house. Zamówienie publiczne jest bowiem udzielane podmiotowi silnie powiązanemu z zamawiającym, z pominięciem rozeznania rynku w tym analogicznych ofert innych podmiotów działających na rynku. Z tego też względu ustawodawca zarówno na gruncie prawa unijnego, jak i w prawie krajowym precyzyjnie określił przesłanki jakie muszą być spełnione dla udzielenia zamówienia publicznego w tym trybie i ich wypełnienie zastępuje zastosowanie ogólnej normy art. 7 ust. 1 PZP2004. Ustawodawca nie wymaga jednocześnie aby w razie zastosowania tego trybu były spełnione jakiekolwiek inne okoliczności (…). Brak jest podstaw do nakładania na zamawiającego obowiązku przeprowadzenia analizy w zakresie nienaruszenia zasad konkurencji na rynku właściwym dla udzielanego zamówienia, gdyż wykraczałoby to poza wymogi wynikające z art. 67 ust. 1 pkt 12 PZP2004, a najczęściej uniemożliwiałoby zastosowanie tego trybu."* W ocenie Izby odmienne wnioski nie wynikają także z przywoływanego przez Odwołującego 2 wyroku TSUE z dnia 3 października 2019 r. w sprawie C-285/18 Irgita. Analizując powyższy wyrok można dojść do wniosku, iż Trybunał

jedynie zaakceptował sytuacje, w których ustawodawca krajowy przewiduje dodatkowe wymogi udzielenia zamówienia w trybie *in – house*, przy czym na gruncie prawa polskiego warunki te określone zostały w art. 214 ust. 1 pkt 13 ustawy Pzp oraz innych przepisach, które wprost nawiązują do tego trybu. Innymi słowy z powyższego orzeczenia nie można wyprowadzić wniosku, iż po stronie zamawiającego leży obowiązek każdorazowego wykazania, że udzielenie zamówienia w trybie z wolnej ręki nie naruszy konkurencji na rynku właściwym.
Za oparte na przypuszczeniach Izba uznała stanowisko Odwołującego 2, iż zawarcie umowy sprzedaży udziałów w PUK Chojna między Gminą Chojna a Widuchowa stanowiło zakazane porozumienie, o którym mowa w art. 6 ust. 1 UOKIK, którego jedynym celem była próba obejścia prawa i udzielenie zamówienia PUK Chojna z naruszeniem ustawy.
W konsekwencji powyższego Izba uznała, że podniesiony przez Odwołującego 2 zarzut dotyczący naruszenia przez Zamawiających pozycji dominującej – oparty na ww. podstawach prawnych i faktycznych – nie zasługiwał na uwzględnienie.

Nie zasługiwał na uwzględnienie zarzut naruszenia art. 214 ust. 1 pkt 13 ustawy Pzp, art. 83 ustawy Pzp oraz art. 16 pkt 1 i art. 17 ust. 1 ustawy Pzp - poprzez przyjęcie, że
w zaistniałym stanie faktycznym zachodzą przesłanki do udzielenia zamówienia w trybie
z wolnej ręki na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 13 ustawy Pzp a udzielenie zamówienia nie narusza zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji oraz zapewni najlepszą jakość usług w ramach dostępnych środków oraz pozwoli na uzyskanie najlepszych efektów zamówienia, w tym efektów społecznych, środowiskowych oraz gospodarczych w stosunku do poniesionych nakładów, podczas gdy Zamawiający 1 Zamawiający 2 nie wykazali, że zasady te zostaną zachowane, w szczególności zaniechali przeprowadzenia analizy potrzeb i wymagań, do której są zobowiązani na podstawie art. 83 ustawy Pzp.

Izba wskazuje, iż zgodnie z art. 83 ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający publiczny, przed wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia, dokonuje analizy potrzeb i wymagań, uwzględniając rodzaj i wartość zamówienia. Analiza, o której mowa w ust. 1, obejmuje
w szczególności: 1) badanie możliwości zaspokojenia zidentyfikowanych potrzeb
z wykorzystaniem zasobów własnych, 2) rozeznanie rynku w aspekcie alternatywnych środków zaspokojenia zidentyfikowanych potrzeb oraz możliwych wariantów realizacji zamówienia albo wskazuje, że jest wyłącznie jedna możliwość wykonania zamówienia. Jak wynika z ust. 3 ww. przepisu, analiza wskazuje: 1) orientacyjną wartość zamówienia dla każdego ze wskazanych wariantów, o których mowa w ust. 2 pkt 2 lit. b, 2) możliwość podziału zamówienia na części, 3) przewidywany tryb udzielenia zamówienia, 4) możliwość uwzględnienia aspektów społecznych, środowiskowych lub innowacyjnych zamówienia,
5) ryzyka związane z postępowaniem o udzielenie i realizacją zamówienia. Jednocześnie wskazać należy, iż art. 83 ust. 4 ustawy Pzp nie przewiduje możliwości odstąpienia od przeprowadzenia analizy potrzeb i wymagań zamawiającego w przypadku udzielenia zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 13 ustawy Pzp.

W okolicznościach przedmiotowej sprawy Izba stwierdziła, że stanowisko Odwołującego 2 jakoby Zamawiający nie przeprowadzili obligatoryjnej analizy potrzeb
i wymagań, o której mowa w art. 83 ustawy Pzp nie potwierdziło się. Powyższemu przeczy treść dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia, z której wynika, że analiza potrzeb i wymagań zamawiającego została sporządzona w dniu 19 lutego 2021 r. i stanowiła załącznik do protokołu postępowania o udzielenie zamówienia. W rzeczonej analizie Zamawiający opisali w szczególności potrzeby własne, odnieśli się do możliwości zaspokojenia własnych potrzeb z uwzględnieniem zasobów własnych oraz ustosunkowali się do kwestii alternatywnego sposobu zaspokojenia własnych potrzeb. Jednocześnie Zamawiający dokonali oceny zasadności podziału zamówienia na części, przewidywanego trybu udzielenia zamówienia, możliwości uwzględnienia aspektów społecznych, środowiskowych oraz innowacyjnych, a także potencjalnego ryzyka związanego
z postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego. Wskazać należy, iż Odwołujący 2
w okolicznościach sporu nie wykazał, że dołożył należytej staranności i wystąpił do Zamawiających z wnioskiem o udostępnienie rzeczonego dokumentu w trybie przewidzianym ustawą Pzp. Jak już wskazywano powyżej (w ramach zarzutu dotyczącego zaniechania udostępnienia Odwołującemu 2 protokołu postępowania o udzielenie zamówienia oraz prognozy handlowej) wykonawca ATF dopiero ostatniego dnia terminu na wniesienie przedmiotowego odwołania wystąpił do Zamawiających z wnioskiem w trybie ustawy o dostępie do informacji publicznej o przekazanie ww. dokumentu. Tym samym argumentacja Odwołującego 2 jakoby Zamawiający nie podjęli nawet próby przeprowadzenia ww. analizy była nietrafiona.

Kolejno Izba wskazuje, że nie podzieliła stanowiska Odwołującego 2 jakoby przepisy ustawy Pzp oraz aktów wykonawczych do ustawy nakładały na zamawiającego obowiązek zamieszczenia w ogłoszeniu o zamiarze zawarcia umowy informacji o przeprowadzonej analizie potrzeb i wymagań, o której mowa w art. 83 ustawy Pzp. Co więcej, zauważyć należy, iż sam Odwołujący 2 nie wskazał przepisu, który taki obowiązek nakładałby na zamawiającego. Myli również Odwołujący 2 obligatoryjną – z zastrzeżeniem art. 83 ust. 4 ustawy Pzp - instytucję uregulowaną w art. 83 ustawy Pzp (analiza potrzeb i wymagań zamawiającego) z instrumentem przewidzianym w art. 84 ustawy Pzp (wstępne konsultacje rynkowe), która ma charakter dobrowolny, zatem skorzystanie z niej pozostaje w gestii zamawiającego. Wskazać również należy, iż w załączniku nr 2 do rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie ogłoszeń zamieszczanych w Biuletynie Zamówień Publicznych (Dz. U. z 2020 r. poz. 2439) regulującym zakres informacji zawartych w ogłoszeniach zamieszczanych w BZP dla ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy w punkcie 3 dotyczącym opisu przedmiotu zamówienia wymaga się od zamawiającego podania informacji, czy przed wszczęciem postępowania przeprowadzono wstępne konsultacje rynkowe (ppkt 1), nie zaś odpowiedzi na pytanie, czy przed wszczęciem postępowania przeprowadzono analizę potrzeb i wymagań uregulowaną w art. 83 ustawy Pzp, bowiem dokonanie tej - z zastrzeżeniem wyjątków określonych ustawą – jest zasadą.

Dalej Izba wskazuje, iż wymóg publikacji ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy wynikający z art. 216 ust. 1 ustawy Pzp, wbrew stanowisku Odwołującego 2, nie ma na celu weryfikacji sytuacji na rynku w zakresie planowanego zamówienia, lecz umożliwienie wykonawcom - jeszcze przed zawarciem umowy - kontroli legalności zastosowanego trybu udzielenia zamówienia. Powyższa instytucja gwarantuje wykonawcom możliwość uzyskania informacji o prowadzonym postępowaniu o udzielenie zamówienia, w tym podjęcie decyzji
w przedmiocie ewentualnego skorzystania ze środków ochrony prawnej celem zakwestionowania zastosowanego trybu. Z kolei zamawiającym pozwala uniknąć negatywnych konsekwencji związanych z ewentualną koniecznością unieważnienia umowy zawartej w wyniku udzielenia zamówienia z wolnej ręki z naruszeniem przepisów. Nałożenie na zamawiającego obowiązku zamieszczenia ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy
w trybie określonym w art. 214 ust. 1 pkt 13 ustawy Pzp, niewątpliwie jest przejawem ochrony konkurencji i zapewnienia

transparentności postępowania.

W świetle powyższego ww. zarzut nie zasługiwał na uwzględnienie.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp w zw. z § 5 pkt 1 i 2 lit. b) oraz § 7 ust. 2 pkt 1 oraz § 7 ust. 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437). Zważywszy na wagę uwzględnionych zarzutów podniesionych w obu odwołaniach oraz dalekoidące konsekwencje dla przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia prowadzące do jego unieważnienia Izba odstąpiła od rozdzielenia kosztów postępowania odwoławczego między Stronami, obciążając w całości tymi kosztami w każdej ze spraw Zamawiających.

Wobec powyższego, orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący: ……..

Członkowie: ……..

……..