

WYROK

z dnia 17 stycznia 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Bartosz Stankiewicz
Aleksandra Kot
Robert Skrzyszewski

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 stycznia 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 grudnia 2021 r. przez wykonawcę Elwoz Eco Sp. z o.o. z siedzibą w Sierakowicach przy ul. Słupskiej 2 (83-340 Sierakowice) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Gminę Bytów z siedzibą w Bytowie przy ul. 1 Maja 15 (77-100 Bytów)

przy udziale:

A) wykonawcy ATF Sp. z o.o. Sp. k. siedzibą w Chojnicy pod numerem 2 (78-650 Mirosławiec), zgłaszającego przystąpienie do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie odwołującego;

B) wykonawcy A. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą PHU SANIKO A. K. siedzibą w Kartuzach przy ul. Floriana Ceynowy 8/1 (83-300 Kartuzy), zgłaszającego przystąpienie do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie odwołującego;

C) wykonawcy Remondis Sp. z o.o. siedzibą w Warszawie przy ul. Zawodzie 16 (02-981 Warszawa), zgłaszającego przystąpienie do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie odwołującego;

D) wykonawcy Wodociągi Miejskie Bytów Sp. z o.o. siedzibą w Bytowie przy ul. Adama Mickiewicza 1 (77-100 Bytów), zgłaszającego przystąpienie do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Elwoz Eco Sp. z o.o. z siedzibą w Sierakowicach i:

2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez tego wykonawcę tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od ww. wykonawcy na rzecz zamawiającego Gminy Bytów z siedzibą w Bytowie, kwotę w wysokości 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo

zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 ze 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:

Sygn. akt: KIO 3621/21

Gmina Bytów, zwana dalej: „zamawiającym”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 ze zm.) zwanej dalej: „Pzp” w trybie z wolnej ręki pn.: Odbiór i transport odpadów komunalnych z nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy oraz z nieruchomości, które w części zamieszkują mieszkańcy, a w części nie zamieszkują mieszkańcy położonych na terenie Gminy Bytów w okresie od 01.01.2022r. do 31.12.2022r. (nr referencyjny: BRZ.271.42.20021.AZ), zwane dalej „postępowaniem”.

Ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy (zwane dalej: „ogłoszeniem”) zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 2 grudnia 2021 r., pod numerem 2021/BZP00297364/01.

Szacunkowa wartość zamówienia, którego przedmiotem są usługi, jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 Pzp.

W dniu 13 grudnia 2021 r. wykonawca Elwoz Eco Sp. z o.o. z siedzibą w Sierakowicach (zwany dalej: „odwołującym”) wniósł odwołanie w ramach, którego zaskarżył czynność zamawiającego polegającą na wyborze trybu i wszczęciu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie z wolnej ręki i zamiarze jego udzielenia Wodociągom Miejskim Bytów Sp. z o.o. z siedzibą w Bytowie (zwanej dalej: „Wodociągami”). Opisanej powyżej czynności zamawiającego odwołujący zarzucił naruszenie:

1) art. 214 ust. 1 pkt 11 lit. b) Pzp w zw. z art. 214 ust. 6 Pzp, przez niewykazanie w ogłoszeniu reorganizacji osoby prawnej, przez co zamawiający nie miał podstaw do skorzystania z przesłanki udzielenia zamówienia w trybie „z wolnej ręki”, określonej w art. 214 ust. 1 pkt 11 lit. b) Pzp i wykazania procentu działalności kontrolowanej osoby prawnej jako działalności powierzonej za pomocą wiarygodnej prognozy handlowej, o której mowa w art. 214 ust. 6 Pzp;

2) art. 214 ust. 1 pkt 11 lit. b) Pzp w zw. z art. 214 ust. 6 i 7 Pzp, przez niewykazanie przez zamawiającego braku adekwatności danych historycznych, dotyczących przychodów osoby prawnej za ostatnie 3 lata;

3) art. 214 ust. 1 pkt 11 lit. b) Pzp w zw. z art. 214 ust. 6 Pzp, przez nieprzedstawienie przez zamawiającego wiarygodnej prognozy handlowej.

W związku z powyższymi wskazanymi zarzutami odwołujący wniósł o:

- merytoryczne rozpatrzenie przez Izbę odwołania i jego uwzględnienie w całości;
- nakazanie zamawiającemu unieważnienia postępowania 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;
- zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego.

Odwołujący wyjaśnił, że prowadzi działalność gospodarczą w zakresie odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych, jest także wpisany do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości prowadzonego przez Burmistrza Bytowa. Odwołujący wskazał, że jest bezpośrednio zainteresowany świadczeniem usług objętych przedmiotem zamówienia zwłaszcza, że obecnie świadczy na rzecz zamawiającego usługę obejmującą odbiór i transport odpadów komunalnych z nieruchomości położonych na terenie Gminy Bytów, którą chciałby kontynuować również w przyszłości. Odwołujący wskazał, iż zaskarżone czynności zamawiającego naruszają jego interes w uzyskaniu zamówienia, poprzez niezasadne

zastosowanie przez zamawiającego trybu zamówienia z wolnej ręki z pominięciem innych zainteresowanych wykonawców, w tym jego. Zdaniem odwołującego bezpośrednim następstwem dokonanych naruszeń przepisów Pzp jest szkoda w jego majątku w postaci braku możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia, do którego wykonywania odwołujący jest w pełni zdolny i deklaruje taką gotowość. Odwołujący wyjaśnił, że w przypadku uznania przez Izbę zasadności odwołania, a następnie po dokonaniu przez zamawiającego żądanych czynności, będzie mógł uzyskać przedmiotowe zamówienie, co niewątpliwie jest zgodne z jego interesem. Tym samym odwołujący stwierdził, że materialnoprawna przesłanka wniesienia odwołania została spełniona.

W uzasadnieniu zarzutu dotyczącego braku reorganizacji działalności odwołujący wskazał, że z art. 214 ust. 6 Pzp w związku z art. 12 ust. 5 Dyrektywy 2014/24/UE wynika, że w przypadku, gdy ze względu na reorganizację działalności wykonawcy, dane dotyczące średniego przychodu za 3 lata poprzedzające udzielenie zamówienia są nieadekwatne, procent działalności, o którym mowa w ust. 1 pkt 11 lit. b Pzp, ustala się za pomocą wiarygodnych prognoz handlowych. W ocenie odwołującego z powołanego przepisu wynika, że dla możliwości powoływania się na wiarygodne prognozy handlowe konieczne jest wykazanie, że dany podmiot (tu: Wodociągi) przeszedł reorganizację działalności. Zdaniem odwołującego, w tym kontekście wskazane jest odwołanie się do Słownika Języka Polskiego, zgodnie z którym „reorganizacja” jest to „zmiana organizacji czegoś, urządzenie czegoś w inny sposób”. Natomiast z ogłoszenia wynika, że co do zasady w sferze organizacyjnej Wodociągi będą działały w dotychczasowy sposób (lub zmiany w tym zakresie nie będą miały zasadniczego charakteru).

Zdaniem odwołującego na uwagę zasługuje nie tylko wykładnia językowa omawianego przepisu, ale również wykładnia funkcjonalna. Brzmienie art. 214 ust. 6 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. Taką interpretację wzmacnia wprowadzony do przepisów Pzp art. 214 ust. 7, wedle którego wymaganie procentu działalności nie jest spełnione, jeżeli reorganizacja działalności została przeprowadzona dla pozorów. W tym zakresie przepisy Pzp zbliżają się do art. 83 KC, odnoszącego się do pozorności oświadczenia woli. Mimo że pozorna reorganizacja nie niesie ze sobą skutku w postaci nieważności w rozumieniu cywilnoprawnym, to pozorność w tym kontekście należy rozumieć jako pewne działanie symulowane, nakierowane na wykazanie spełnienia przesłanek udzielenia zamówienia z wolnej ręki. Przesłanki te mogą w ogóle nie wystąpić lub mogą nie być na tyle doniosłe by uzasadnić skorzystanie z wyjątkowego trybu udzielenia zamówienia, jakim jest wolna ręka. Tak rozumiana reorganizacja musi być więc doniosłą okolicznością organizacyjną w ramach funkcjonowania spółki. W ocenie odwołującego, sięgnięcie przez zamawiającego po argument w postaci reorganizacji służy jedynie temu, aby udzielić zamówienia in-house w sytuacji, w której Wodociągi nie są w stanie wykazać, że w ostatnich 3 latach 90% działalności Wodociągów dotyczyło wykonywania zadań powierzonych przez zamawiającego. Oczywiście nie jest to działanie zabronione, ale musi mieć ono charakter rzeczywisty, a nie pozorny. Jednocześnie wykazanie przeprowadzenia reorganizacji Wodociągów nie zostało przez zamawiającego poparte jakimikolwiek dowodami. Przeprowadzenie reorganizacji jest oparte wyłącznie na głosownych zapewnieniach zamawiającego. Nie jest to oczywiście wystarczające, biorąc pod uwagę ciężar dowodu, który spoczywa na zamawiającym, korzystającym również w tym zakresie z odstępstwa od zasady ogólnej opierania się na danych historycznych. Zamawiający musi wykazać spełnienie przesłanek udzielenia zamówienia z wolnej ręki i - czytając uzasadnienie wyboru trybu - trudno uznać aby ten obowiązek udźwignął. Ma to daleko idące skutki: brak wykazania spełnienia przesłanek warunkujących użycie zamówienia z wolnej ręki prowadzi do nieuprawnionego odstępstwa od zastosowania podstawowych trybów udzielania zamówienia.

Odwołujący podkreślił, że w ogłoszeniu zamawiający ograniczył się do stwierdzeń, że:
- zaktualizowała się przesłanka wynikająca z art. 214 ust. 6 PZP albowiem mocą decyzji

władczo - właścicielskiej Gminy wyrażonej uchwałą Rady Miejskiej w Bytowie nr XXXII/315/2021 z dnia 16 czerwca 2021r. w sprawie powierzenia Wodociągom Miejskim Bytów sp. z o.o. wykonywania zadania własnego gminy Bytów, spółka została zreorganizowana, w sposób skutkujący dezaktualizacją (nieadekwatnością) danych historycznych za 3 lata poprzedzające udzielenie zamówienia - tym samym zamawiający nie wskazał ani w jaki konkretny sposób spółka została zreorganizowana ani też nie wskazał, na czym polega sposób reorganizacji, który skutkował dezaktualizacją danych historycznych; uchwała Rady Miejskiej jest w rozumieniu zamawiającego jednoznaczna z reorganizacją;

- reorganizacja Spółki polega na rozszerzeniu zakresu usług użyteczności publicznej, które mocą decyzji władczo właścicielskiej Gminy, Spółka będzie realizować na rzecz Gminy i jej

mieszkańców. Spectrum usług realizowanych przez Spółkę ulega zmianie i Spółka została przetransformowana w spółkę komunalną o charakterze wielobranżowym - Wodociągi od lat są spółką o charakterze wielobranżowym, bowiem świadczą usługi z zakresu budownictwa oraz badań laboratoryjnych; rozszerzenie zakresu usług nie jest tożsame z reorganizacją w rozumieniu art. 214 ust. 6 Pzp.

- o zasadności kwalifikacji powyższego jako reorganizacji świadczy co najmniej to, że Spółka rozpocznie działalność w całkowicie nowej dla siebie branży, która stanowi wyodrębniony sektor działalności gospodarczej - samo poszerzenie działalności o nową branżę, nie jest jednoznaczne z reorganizacją w znaczeniu, którym posługuje się ustawodawca w przepisie

art. 214 ust. 6 Pzp;

- powyższe nie tylko transformuje profil działalności Spółki, ale również skutkuje zmianami

organizacyjnymi, osobowo - kadrowymi, techniczno - infrastrukturalnymi oraz ekonomicznymi. Wydzielenie nowego obszaru działalności Spółki, różniącego się od dotychczasowego profilu działalności Spółki, powiązane z szeregiem zmian, które stanowią konsekwencję ww. zmian strategicznych wprowadzonych przez właściciela, wypełnia znamiona reorganizacji - zamawiający z „szeregu zmian” nie wskazał ani jednej konkretnej zmiany, dotyczącej reorganizacji Wodociągów. Zmiany w znaczeniu reorganizacji muszą dotyczyć podmiotu, któremu powierza się zamówienie. Natomiast zamawiający zmiany utożsamia i wykazuje wyłącznie zewnętrznymi zdarzeniami tj. decyzjami udziałowca spółki tj. Gminy Bytów. Zamawiający mówi o reorganizacji i zmianach, ale nie wskazuje na czym one polegały w tej konkretnej spółce.

W dalszej kolejności odwołujący wyjaśnił, że zamawiający uzasadnienie ogłoszenia w zakresie reorganizacji Wodociągów oparł na dwóch wątkach: uchwale Rady Gminy Bytów z

dnia 16 czerwca 2021 r. oraz jej hipotetycznych konsekwencjach w przyszłości, ujętych w formie haseł, wyrażających ogólnikowe biznesowe cele dla Wodociągów na przyszłość.

Zamawiający nie przedstawił żadnego wyводу merytorycznego, uzasadniającego omawianą przesłankę, podając jedynie cele, do osiągnięcia w perspektywie długookresowej. Zamawiający nie wskazał w treści ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy i nie wyjaśnił w czym praktycznie upatrywał reorganizacji działalności Wodociągów, w szczególności jakie konkretnie czynności podjęto, a które przesądzałyby o dokonanej reorganizacji. Samo podjęcie przez Radę Miasta uchwały z dnia 16 czerwca 2021 r. XXXII/315/2021 nie oznacza, że w Wodociągach doszło do jakiegokolwiek reorganizacji. Zresztą treść uchwały jest bardzo lakoniczna, bowiem w § 1 powierza się Wodociągom wykonywanie zadania własnego Gminy w zakresie gospodarowania odpadami komunalnymi, zaś w § 2 rozszerza się PKD o pozycję 38. Nie jest to wystarczające dla uznania, że reorganizacja ma charakter rzeczywisty oraz na tyle znaczący, aby uznać ją za „reorganizację” w rozumieniu art. 214 ust. 6 Pzp. Tego rodzaju akt władczy może stanowić co najwyżej punkt wyjścia i podstawę prawną do rozpoczęcia procesu reorganizacji spółki gminnej, nie dowodzi zaś faktu jej przeprowadzenia. Zgodnie z etymologią słowo reorganizacja oznacza ponowne organizowanie czegoś. Samo powierzenie przez zamawiającego w uchwale wykonywania zadań własnych w zakresie gospodarki odpadami, nie jest równoznaczne z reorganizacją, która w praktyce w każdym przedsiębiorstwie sprowadza się do podjęcia konkretnych decyzji i działań, odnoszących skutek w postaci zmian w sferze osobowej, strukturalnej, zarządczej itp. W odniesieniu natomiast do zwiększania zakresu już świadczonych usług należy podkreślić, iż w przypadku Wodociągów ewentualne udzielenie przedmiotowego zamówienia spowodowało by wyłącznie to, że zakres usług odbierania odpadów będzie prawdopodobnie wymagał zwiększenia zatrudnienia, zakupu nowego sprzętu i tym podobnych działań. Jednak są to zwykłe i naturalne konsekwencje rozszerzenia dotychczasowej działalności. Tym samym, odwołujący stwierdził, że działania, o których mowa w ogłoszeniu, nie stanowią reorganizacji w rozumieniu art. 214 ust. 6 Pzp. Tego typu kroki (uchwała Rady Miasta Bytowa) nie są sprzeczne z prawem, jednakże podawane przez zamawiającego jako uzasadnienie rzekomo przeprowadzonej reorganizacji w Wodociągach, noszą znamiona czynności pozornych, w rozumieniu art. 214 ust. 7 Pzp podejmowanych w celu obejścia przepisów Pzp.

W ocenie odwołującego nie sposób odmiennie potraktować treści ogłoszenia i wywodów zamawiającego, które sprowadzają się do stanowiska, że w sprawie niniejszej reorganizacja Wodociągów to de facto : uchwała Rady Miasta Bytowa z dnia 16 czerwca 2021r, XXXII/315/2021r. oraz kilka publicystycznych w treści zdań w uzasadnieniu ogłoszenia: mocą decyzji władczo właścicielskiej i uchwałą Rady Miasta Spółka została zreorganizowana; spectrum usług realizowanych przez Spółkę ulega zmianie i Spółka została przetransformowana w spółkę komunalną o charakterze wielobranżowym; o zasadności kwalifikacji powyższego jako reorganizacji świadczy co najmniej to, że Spółka rozpocznie działalność w całkowicie nowej branży; wydzielenie nowego obszaru działalności

Spółki, różniące się od dotychczasowego profilu działalności Spółki, powiązane z szeregiem zmian, które stanowią konsekwencję ww. zmian strategicznych, wprowadzonych przez właściciela, wypełnia znamiona reorganizacji. Godzi się podkreślić, że żądne z powyższych twierdzeń zamawiającego nie dowodzi w jakikolwiek sposób reorganizacji Wodociągów. Znamienne jest to, że w zgłoszeniu zamawiający mówi o reorganizacji, ale w oderwaniu od konkretnych aspektów i działań, które miałyby dotyczyć zmian w Wodociągach. Istotne jest to, że twierdzeń zamawiającego na takim poziomie ogólności, wyrażającym intencje i życzenia na przyszłość, wykonawcy nie mają możliwości zweryfikować.

Reasumując odwołujący stwierdził, że zamawiający nie wykazał zaistnienia przesłanki uprawniającej do zastosowania trybu z wolnej ręki na podstawie art. 214 ust. 6 Pzp, dotyczącej procentu działalności wykonywanej przez podmiot, któremu udziela się zamówienia, na rzecz zamawiającego sprawującego nad nim kontrolę i bezzasadnie przyjął, że opisane w ogłoszeniu okoliczności mogą być uznane za „reorganizację”, o której mowa w art. 214 ust. 6. Nie sposób przyjąć, aby racjonalny ustawodawca założył możliwość wykazania spełnienia przesłanki przepisu, stanowiącego wyjątek, ogólnikowymi twierdzeniami zamawiającego, nie popartymi żadnymi dowodami. Pomysł zamawiającego aby reorganizację wykazać wyłącznie uchwałą Rady Miasta, powierzającą spółce nowe zadanie, stanowi nieudolną próbę upozorowania reorganizacji zaś twierdzenia, przytoczone na jego uzasadnienie, zmierzają w kierunku tezy, że ustawowy wyjątek w postaci reorganizacji, która umożliwia niewykazywanie procentowych proporcji działalności w oparciu o dane historyczne, można wykazywać pustym pseudo ekonomicznym wywodem, bez konkretnych powiązań z rzeczywistymi działaniami, o których mówi ustawa. Ubranie całego procesu w szatę „reorganizacji”, o ile ona faktycznie występuje, stanowi więc sztuczne wytworzenie okoliczności, które mają złagodzić warunki proceduralne udzielenia zamówienia i skorzystanie z trybu z wolnej ręki w sposób formalnie uprawniony.

W zakresie zarzutu odnoszącego się do braku możliwości powoływania się na wiarygodne prognozy handlowe w sytuacji adekwatności danych historycznych, odwołujący wyjaśnił, że z art. 214 ust. 6 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. 11 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 handlowych. Prognozy te uwzględnia się w sytuacji, gdy dane historyczne nie są adekwatne. Nie chodzi zatem o to, że u wykonawcy dochodzi do jakichś zmian (reorganizacji), ale o to, że w wyniku tych zmian nie można uznać, że dotychczasowe dane przestają być wiarygodne. Samo rozszerzenie działalności gospodarczej spółki o nowe obszary nie może automatycznie skutkować uznaniem danych historycznych za nieadekwatne, a jeżeli tak, to obowiązkiem zamawiającego jest wykazać, że dane te nie są już adekwatne. Zdaniem odwołującego, żądne zmiany, które być może zostaną dokonane w Wodociągach, nie dają podstaw do uznania, że z tego powodu dane z ostatnich 3 lat pozostają nieadekwatne. Wodociągi nie miały 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 podkreślił, że podobnie jak w przypadku samego udzielania zamówienia „z wolnej ręki”, wykazanie przesłanek uprawniających do tego należy do zamawiającego, tak odstąpienie od ogólnej zasady powoływania danych historycznych na rzecz wiarygodnych prognoz handlowych, również wymaga udowodnienia braku adekwatności danych historycznych. Ciężar dowodu w tym zakresie spoczywał na zamawiającym.

Odwołujący podkreślił z całą mocą, że nieadekwatności danych historycznych, zamawiający upatruje wyłącznie w woli powierzenia Wodociągom nowych zadań. Jednakże takie twierdzenie w żaden sposób nie może być uznane za dowód ani wykazanie braku adekwatności danych historycznych. Podobnie jak w przypadku przesłanki w postaci reorganizacji, zamawiający nieadekwatność danych historycznych uzasadnia w ogłoszeniu abstrakcyjnymi ogólnikami w powiązaniu z uchwałą Rady Miejskiej Bytowa z dnia 16 czerwca 2021r., cytowaną wcześniej. Zamawiający stwierdza wprost, że : mocą decyzji

władczo - właścicielskiej Gminy wyrażonej przez Radę Gminy w Bytowie uchwałą nr XXXII/315.2021 z dnia 16 czerwca 2021r. w sprawie powierzenia Wodociągom Miejskim w Bytowie sp. z o.o. wykonywania zadania własnego gminy Bytów, spółka została zreorganizowana w sposób skutkujący dezaktualizacją (nieadekwatnością) danych historycznych za 3 lata poprzedzające udzielenie zamówienia” . Podkreślenia wymaga to, że w żaden sposób zamawiający nie wskazuje ani nie wyjaśnia:

- w jaki to sposób spółka została zreorganizowana,
- jaki ta reorganizacja miała dla niej skutek,

- jaki w końcu tenże sposób i związany z nim skutek miał wpływ na dane historyczne i ich nieadekwatność.

Zdaniem odwołującego, zamawiający w okolicznościach przedmiotowego postępowania nie może wywodzić spełnienia wszystkich przesłanek zamówienia z wolnej ręki z art. 214 ust. 11 w zw. z art. 214 ust. 6 Pzp zawierającą całe trzy lakoniczne zdania uchwałą Rady Miejskiej w

Bytowie, powołanej poprzednio. W ten sposób zamawiający sprowadza znaczenie i sens przesłanek ustawowych do absurdu, którego wyrazem w szczególności są pozbawione

praktycznego znaczenia twierdzenia zamawiającego, cytowane powyżej. Także twierdzenie, że dotychczasowe przychodowe dane historyczne, nie obejmują działalności w sferze gospodarki komunalnej odpadami komunalnymi, a co za tym idzie są nieadekwatne, jest twierdzeniem chybnym. Zamawiający nie wykazał w żaden sposób dlaczego są nieadekwatne. Jest to tym bardziej konieczne, że Wodociągi prowadzą od wielu lat zarówno działalność powierzoną, jak i działalność komercyjną w zakresie budownictwa i usług. Wbrew twierdzeniom zamawiającego usługi zaopatrzenia w wodę i odbioru ścieków nie są jedynym przedmiotem działalności Wodociągów. Zatem nie polegają na prawdziwym twierdzeniu, że działalność wodno-kanalizacyjna była jedynym źródłem przychodów a „rozszerzenie spectrum” działalności skutkować będzie wyłącznie dodatkową aktywnością w zakresie wykonywania zadań własnych Gminy. Odwołujący podkreślił, że zamawiający nie wyłumaczył dlaczego uznał, iż dane dotyczące średniego przychodu za 3 lata poprzedzające udzielenie zamówienia Wodociągom są nieadekwatne, przez co procent działalności wykonywanej przez Wodociągi na potrzeby zastosowania trybu udzielenia zamówienia z wolnej ręki w świetle art. 214 ust. 1 pkt 11 Pzp można ustalić za pomocą wiarygodnych prognoz handlowych. Z treści uzasadnienia ogłoszenia co do wybranego trybu to nie wynika. Co więcej, analizując treść uzasadnienia wyboru trybu, w zakresie mającym stanowić prognozę handlową, czytamy, że: „(...) prognozę handlową sporządzono z uwzględnieniem dotychczasowych historycznych danych, dotyczących przychodów spółki (w zakresie działalności w sferze wodno-kanalizacyjnej) przy jednoczesnej projekcji przyszłościowej w zakresie przychodów z tej działalności (zakotwiczonej w danych historycznych) jak i działalności w zakresie branży gospodarki odpadami komunalnymi”. Rodzi się więc pytanie: skoro zamawiający bierze pod uwagę dotychczasowe dane historyczne i na ich podstawie dokonuje „projekcji przyszłościowej”, to czy dane te są adekwatne do wyliczenia procentu działalności Wodociągów czy nie? Pytanie jest tym bardziej zasadne, że nawet opierając się na (wątpliwych) danych zawartych w Tabelach 1 i 2, zawartych w „Strukturze przychodów”, to różnice między „wskaźnikiem do zamówienia z wolnej ręki” w roku 2021 (bez przychodów z odbioru odpadów) i w roku 2022 r. (z uwzględnieniem przychodów z odbioru odpadów), wynoszą ok. 6 p.p. (a więc mniej niż obecny wskaźnik inflacji), co wskazuje raczej na niewielkie zmiany w strukturze przychodowej Wodociągów w wyniku reorganizacji. Problemem dla zamawiającego jest natomiast to, że obliczenie procentu działalności nie pozwala mu na udzielenie zamówienia w formule in-house, stąd konieczność powoływania się na reorganizację spółki. Należy wyciągnąć stąd logiczny wniosek, że skoro sama reorganizacja nie oznacza „z automatu” nieadekwatności danych historycznych, to tym bardziej danych tych nie dezaktualizuje „reorganizacja” w rozumieniu, w jakim przedstawił ją zamawiający, tj. oparta, wykazana i uzasadniona wyłącznie faktem podjęcia uchwały przez Radę Miasta.

Reasumując, odwołujący po raz kolejny podkreślił, iż przepis art. 214 ust. 6 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* - wyjątków nie należy interpretować rozszerzająco, 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. Również podkreślenia wymaga, iż krajowy ustawodawca zaostrzył na gruncie art. 214 ust. 6 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 zewnętrznych. Wobec powyższego interpretując przepis art. 214 ust. 6 Pzp należy traktować, zgodnie z intencją ustawodawcy, jako sytuację wyjątkową, a nie jako „furtkę” do nadużywania prawa przez zamawiających oraz podmiotów przez nich kontrolowanych.

Jeśli chodzi o zarzut braku wykazania, że prognoza handlowa jest wiarygodna odwołujący stwierdził, że podobnie jak w przypadku pozostałych przesłanek udzielenia zamówienia na podstawie art. 214 ust. 6 i art. 12 ust. 3 Dyrektywy 2014/24/UE, zamawiający nie przedstawił jakichkolwiek dowodów, dotyczących tego, że ponad 90% działalności Wodociągów dotyczy wykonywania zadań powierzonych przez zamawiającego (w zasadzie dokumenty finansowe Wodociągów potwierdzają, że nie osiągnęły one tego wskaźnika).

Obowiązkiem zamawiającego, mającego zamiar udzielenia zamówienia w trybie niekonkurencyjnym, jest ustalenie, że w danym przypadku istnieją przesłanki umożliwiające odstąpienie od trybów konkurencyjnych. Ustalenie to winno opierać się na wiarygodnych i zbadanych danych, nie zaś na niesprawdzonych lub wątpliwych informacjach. Tymczasem jedyne, co zostało na ten temat przedstawione przez zamawiającego, to informacja zawarta w ogłoszeniu w postaci dwóch enigmatycznych tabel, określających wariantowe wyliczenia wskaźnika do zamówienia z wolnej ręki, lecz nie zawierających żadnych odniesień do źródeł, jak również żadnych wyjaśnień, komentarzy lub analiz, wskazujących na jakiej podstawie i w oparciu o jakie dane zamawiający dokonał tychże wyliczeń. O wiarygodności prognozy handlowej, która jest kluczowym dokumentem w przypadku, gdy zamawiający zamierza udzielić zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 11 Pzp, powołując się przy tym na wyjątek z art. 214 ust. 6 Pzp, nie może przesądzić jedynie pewien wybrany przez zamawiającego minimalny wycinek danych w niej zawartych.

W ocenie odwołującego zamawiający nie tylko nie załączył do ogłoszenia żadnych materiałów, które można by potraktować jako prognozy handlowe i poddać weryfikacji, ale nawet na tego rodzaju materiały lub analizy w sposób konkretny się nie powołał, czyniąc uzasadnienie prognozę handlową gołosłowną. Zamawiający nie sprostował więc spoczywającemu na nim podstawowemu obowiązkowi, ponieważ prezentowane wyliczenia mają charakter abstrakcyjny i zostały przygotowane pod z góry założoną tezę, związaną ze spełnianiem przesłanek do udzielenia zamówienia in-house. Zamawiający w sposób zupełnie dowolny przyjął do przedstawionych tabel określone wartości bez wskazania, na jakiej podstawie to uczynił i skąd te wartości się wzięły. Co więcej, nawet sięgając do poszczególnych pozycji tabel 1 i 2, zawartych w „Strukturze przychodów” trudno oprzeć się wrażeniu, że są one zaprzeczeniem wiarygodności. Zamawiający sumuje jako działalność powierzona przychody wyszczególnione pod poz. 1-3 w Tabeli 1 i poz. 1-4 w Tabeli 2. Następnie, w pozycji 4. w Tabeli 1 i w pozycji 5. w Tabeli 2, zamawiający wskazuje pozycję pt. „Maksymalna wartość (poziom bezpieczny) - Usługi pozostałe”. Wreszcie, sumując pozycje 4 i 5 w Tabeli 1 i pozycje 5 i 6 w Tabeli 2 otrzymuje „Wskaźnik do zamówienia z wolnej ręki”. Skoro, zgodnie z art. 214 ust. 1 pkt 11 lit. b) Pzp, zamówienia z wolnej ręki udziela się, jeżeli jest spełniona przesłanka, w której ponad 90% działalności kontrolowanej osoby prawnej dotyczy wykonywania zadań powierzonych jej przez zamawiającego sprawującego kontrolę, to zamawiający wprost pokazuje, że jego wyliczenia są błędne i nie pozwalają na spełnienie tej przesłanki. Zamawiający do działalności powierzonej dodaje bowiem jakies „usługi pozostałe”, które - skoro są wyłączone z tej kategorii - nie mogą wchodzić w zakres działalności powierzonej. Z daleko posuniętej ostrożności, na wypadek gdyby zamawiający twierdził, że wchodzi one jednak w zakres działalności powierzonej, odwołujący wskazał, że nie wiadomo czym są te „usługi pozostałe”, co już świadczy o niewiarygodności prezentowanej prognozy. Jest to bowiem tak pojemna kategoria, że Wodociągi mogą w niej mieścić również działalność komercyjną. Do tego, co było już podnoszone w tym odwołaniu, każda z pozycji Tabel 1 i 2 zawiera wyliczenia nie znajdujące oparcia w dokumentach finansowych Wodociągów oraz innych dokumentach pochodzących od zamawiającego.

Z uwagi na powyższe, tego rodzaju wyliczeń - zdaniem odwołującego - nie sposób było uznać za wiarygodne prognozy handlowe. Poza tym jedyne odniesienie zamawiającego do treści tabel zostało zawarte w poprzedzających je akapitach. Zamawiający podaje, że :

- „...prognozę handlową sporządzono z uwzględnieniem dotychczasowych historycznych danych, dotyczących przychodów spółki (w zakresie działalności w sferze wodno kanalizacyjnej) przy jednoczesnej projekcji przyszłościowej w zakresie przychodów z tej działalności (zakotwiczonej w danych historycznych) jak i działalności w zakresie branż gospodarki odpadami komunalnymi”;

- „pełne dane historyczne, dotyczące przychodów Spółki, które uwzględniono przy sporządzeniu prognozy handlowej, obrazują dokumenty finansowe Spółki przekazane do KRS i opublikowane w KRS, do których Zamawiający odsyła w ramach niniejszego dokumentu, nie powielając ich treści”;

- „Przy sporządzeniu prognozy handlowej uwzględniono również wyciąg z analizy uwarunkowań organizacyjno prawnych rozpoczęcia przez Spółkę Wodociągi Miejskie Bytów sp. z o.o. działalności w zakresie odbioru i transportu odpadów komunalnych z terenu Gminy Bytów”.

W ocenie odwołującego trudno było uznać, że powyższe sformułowania potwierdzają, że prognozy handlowe są wiarygodne i zostały przygotowane z wykorzystaniem metod umożliwiających ich weryfikację. Odwołujący przy tym podkreślił, że obie tabele, prezentowane w uzasadnieniu ogłoszenia, w zakresie, w którym odnoszą się do sprzedaży wody i odbioru ścieków wbrew twierdzeniom zamawiającego nie mogły zostać oparte na znajdujących się w aktach spółki w KRS danych historycznych i nie są w nich zakotwiczone. Tabele zawierają w jednej kolumnie dane z 2021 r. i w kolejnej przewidywania na 2022 r. Nie

ma możliwości weryfikacji danych za 2021 r. bowiem sprawozdania finansowe Wodociągów nie są do Krajowego Rejestru Sądowego składane przed końcem roku obrachunkowego. Dane te są więc wciąż niepełne, a zamawiający nie dysponuje pełnym opracowaniem danych za 2021 r., na których chce się opierać. Tego rodzaju informacje w żaden sposób nie mogą być potraktowane jako wiarygodna prognoza handlowa. Słownik Języka Polskiego określa pojęcie „prognoza” jako „przewidywanie czegoś oparte na określonych danych, obliczeniach”. Prognozowanie powinno więc stanowić racjonalne, naukowe, przewidywanie przyszłych zdarzeń, czyli wnioskowanie o zdarzeniach nieznanych na podstawie zdarzeń znanych. Wnioskowanie to powinno stanowić logiczny proces przebiegający od uporządkowanego zbioru faktów. Zgodnie bowiem z odpowiedzią Podsekretarza Stanu w Ministerstwie Przedsiębiorczości z dnia 21 stycznia 2019 r. na interpelację 28308 w przedmiocie definicji wiarygodnych prognoz handlowych w Prawie zamówień publicznych, „Art. 67 ust. 9 nakazuje poczynienie ustaleń co do istnienia przesłanki zależności ekonomicznej, w procesie prognozowania (przewidywania na przyszłość) danych dotyczących działalności podmiotu. Innymi słowy, nakazuje on przeprowadzić wnioskowanie o przebiegu i stanie możliwych przyszłych zdarzeń w zakresie działalności osoby prawnej lub zamawiającego na podstawie określonych faktów z przeszłości. Prognozy handlowe mają być wiarygodne, zatem prognozowanie powinno opierać się na podstawach racjonalnych i odnosić się do wyraźnie określonego przedziału czasu, a także należy je przeprowadzać z wykorzystaniem metod umożliwiających ich późniejszą weryfikację. (...) Ponadto do prognozy handlowej powinny być dołączane dokumenty potwierdzające wiarygodność przewidywanych, przyszłych źródeł przychodu, zwłaszcza jeżeli okolicznością uzasadniającą jej sporządzenie był dzień utworzenia lub rozpoczęcia działalności przez osobę prawną lub zamawiającego”. Powyższy pogląd zachowuje aktualność również pod rządami obecnie obowiązującej Pzp. Ustawodawca w art. 214 ust. 6 nakazuje zamawiającemu przedstawienie „wiarygodnej prognozy handlowej”. Wiarygodność prognozy musi więc wynikać z jej uzasadnienia i racjonalnego przedstawienia i pozwalać na udowodnienie, że doszło do spełnienia przesłanek zastosowania niekonkurencyjnego trybu z wolnej ręki, który jest trybem absolutnie wyjątkowym, stanowiącym zaprzeczenie zasady konkurencyjności i równego traktowania wykonawców. Nie sposób uznać za wiarygodną prognozę handlową opartą na ogólnikowych twierdzeniach zamawiającego: „prognozę handlową sporządzono

z uwzględnieniem dotychczasowych historycznych danych, przy jednoczesnej

projekcji przyszłościowej w zakresie w zakresie przychodów z tej działalności (zakotwiczonej w danych historycznych) jak i działalności w zakresie branży gospodarki odpadami komunalnymi”.

Odwołujący zwrócił uwagę, że z treści ogłoszenia w żaden sposób nie wynika w jaki sposób i w jakim zakresie uwzględniono dane historyczne, w jaki sposób dokonano na ich podstawie obliczeń, jak je zinterpretowano, na jakiej podstawie i w oparciu o jakie dane historyczne dokonano „projekcji przyszłościowej” np. w zakresie branży odpadami, w której nigdy nie działały Wodociągi. Są to więc jedynie gołosłowne zapewnienia zamawiającego, które mają uzasadniać z góry założoną tezę i sprawiać wrażenie, że przesłanka z art. 214 ust. 6 Pzp została spełniona.

- „pełne dane historyczne, dotyczące przychodów Spółki, które uwzględniono przy sporządzeniu prognozy handlowej, obrazują dokumenty finansowe Spółki przekazane do KRS i opublikowane w KRS, do których Zamawiający odsyła w ramach niniejszego dokumentu, nie powielając ich treści”;

Tego rodzaju informacje winny być m.in. omówione i opracowane we wiarygodnej prognozie handlowej, zawartej w ogłoszeniu a nie przywołane poprzez odesłanie do KRS, który ich nie publikuje. Nie jest powinnością wykonawcy/odwołującego analizowanie pełnych danych historycznych z Krajowego Rejestru Sądowego. W ogłoszeniu zamawiający nie może odsyłać wykonawców do KRS w zakresie danych, które sam przywołuje i uznaje za część uzasadnienia swojej prognozy. Oznacza to, że wykonawcy sami musieliby sporządzać prognozy wobec bierności zamawiającego.

- „Przy sporządzeniu prognozy handlowej uwzględniono również wyciąg z analizy uwarunkowań organizacyjno-prawnych rozpoczęcia przez Spółkę Wodociągi Miejskie Bytów sp. z o.o. działalności w zakresie odbioru i transportu odpadów komunalnych z terenu Gminy Bytów”

Jeżeli analiza uwarunkowań organizacyjno-prawnych miała wpływ na prognozę - a zamawiający tak twierdzi, skoro ją uwzględnił - to prognoza winna tą analizę zawierać i wskazywać w jaki sposób ten uwzględniony wpływ się konkretnie przedstawia. W niniejszym postępowaniu odwołujący w przypadku każdej z przesłanek, z którą mierzy się zamawiający, jest skazany na jego ogólnikowe zapewnienia w rodzaju : „uwzględniono”, „zakotwiczone w danych historycznych”, „sporządzono”. Podobnie jak w przypadku przesłanki w postaci „reorganizacji”, w której zamawiający nie wykazał tejże reorganizacji, tylko twierdzi, że ona

nastąpiła, tak w przypadku przesłanki w postaci wiarygodnej prognozy handlowej, zamawiający nie przedstawia samej prognozy w znaczeniu, wskazanym w ustawie, tylko mówi o prognozie, uzasadniając ją ogólnikami i oderwanymi wartościami z tabel.

W ocenie odwołującego okoliczność ta uniemożliwia weryfikację prawidłowości zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki i stanowi naruszenie przepisów Pzp, które może mieć istotny wpływ na wynik postępowania, co powoduje konieczność uwzględnienia odwołania przez Izbę i nakazania unieważnienia postępowania wszczętego w trybie zamówienia z wolnej ręki. Odwołujący wskazał i podkreślił, że oceny treści tego, co zamawiający przedstawił jako „wiarygodna prognozę handlową” należy dokonać w kontekście regulacji z art. 216 Pzp. Obowiązek publikacji informacji o zamiarze zawarcia umowy w trybie „z wolnej ręki” ma na celu wyłącznie umożliwienia innym podmiotom dokonania oceny, czy zamawiający ma podstawy do udzielenia zamówienia in-house, w świetle przesłanek przewidzianych w Pzp. Celem ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy jest umożliwienie wykonawcom kontroli, poprzez zakwestionowanie zastosowania trybu udzielenia zamówienia. Kontrola ta ma charakter formalny. Nie ma bowiem możliwości badania spełnienia warunków z art. 214 ust. 1 pkt 11-14 Pzp w inny sposób niż przez pryzmat tych przesłanek, tj. badania, czy udzielenie zamówienia in-house nie stanowi nieuzasadnionego wyłączenia danego zamówienia lub przejawu sztucznego zawężania konkurencji.

Reasumując odwołujący skonstatował, że w przypadku informacji zawartych w ogłoszeniu, trudno mówić o jakichkolwiek prognozach handlowych Wodociągów, a co dopiero o ich wiarygodności. Odwołujący wskazał, iż 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 ustawodawca w art. 214 ust. 6 Pzp wprost wskazał, iż procent działalności, o którym mowa w ust. 1 pkt 11 lit. b, ustala się za pomocą wiarygodnych prognoz handlowych. Tym samym obowiązkiem zamawiającego, który zamierza udzielić zamówienia na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 11 Pzp jest wykazanie, iż prognozy handlowe zostały oparte na wiarygodnych i rzetelnych danych umożliwiających ich późniejszą weryfikację.

W podsumowaniu uzasadnienia dla powyżej zaprezentowanych zarzutów odwołujący stwierdził, że zamawiający w sposób celowy pozbawia wykonawców możliwości kontroli, przedstawiając enigmatyczne twierdzenia i wywody na poparciu faktu dokonania reorganizacji oraz abstrakcyjne wartości i ogólnikowe uzasadnienie uwiarygodnienie swojej prognozy handlowej. Zdaniem odwołującego uzasadnienie wyboru trybu w dużej mierze składa się z obszernych cytatów z orzecznictwa Izby, poglądów doktryny czy przepisów prawa. Kluczowe elementy tego dokumentu są właśnie lakoniczne i hasłowe, zawierające się w kilku akapitach, z których nie można wydobyć żadnych wiążących, pewnych informacji oraz dowodów uzasadniających twierdzenia zamawiającego.

Odwołujący wskazał na sprawozdania Zarządu Wodociągów, załączone do sprawozdań finansowych za lata 2018, 2019 i 2020 r., znajdujące się w aktach Wodociągów w Krajowym Rejestrze Sądowym, w których przedstawiono strukturę przychodów tej spółki w poszczególnych latach. Wyjaśnił, że w każdym z przedstawionych lat przychody z działalności odpłatnej, nie obejmującej zadań powierzonych sprzedaży wody i odbioru ścieków, przekraczały 10% ogółu przychodów, co do których zamawiający twierdzi w ogłoszeniu, że pochodzą one wyłącznie ze sprzedaży wody oraz odbioru i oczyszczania ścieków. Oznacza to, że zgodnie z art. 214 ust. 1 pkt. 11 b w zw. z ust. 5, że nie mogła mieć miejsca sytuacja, w której ponad 90% działalności kontrolowanej osoby prawnej dotyczy wykonywania zadań powierzonych jej przez zamawiającego sprawującego kontrolę. Przedstawione w sprawozdaniach Zarządu Wodociągów struktury przychodów potwierdzają także to, że w ogłoszeniu zamawiający podaje nieprawdę, że Wodociągi do momentu ogłoszenia uzyskiwały przychody tylko z działalności sprzedaży wody, odbioru i oczyszczania ścieków. Spółka ta prowadzi działalność komercyjną budowlaną i usługową, na co wprost wskazuje treść sprawozdań.

Odwołujący wyjaśnił, że dane ze sprawozdań Zarządu Wodociągów przedstawiają się następująco :

- 2018 r. na stronie 11 Sprawozdania Zarządu Wodociągów struktura rodzajowa przychodów za 2018 r.: przychody razem za 2018 r. - 9.010.000; zadania powierzone tj. sprzedaż wody oraz odbiór i oczyszczanie ścieków - 7.311.000 zł, sprzedaż robót odpłatnych - 1.230.000 z., co stanowi ok. 13,7% wszystkich przychodów w tym roku;

- rok 2019 r. na stronie 11 Sprawozdania Zarządu Wodociągów struktura rodzajowa przychodów za 2019 r.: razem przychody za 2019 r. - 10.875.000; zadania powierzone tj.

sprzedaż wody oraz odbiór i oczyszczanie ścieków - 7.530.000 zł, sprzedaż robót odpłatnych

- 2.840.000 zł, co stanowi ok. 26,1% wszystkich przychodów w tym roku;
- rok 2020 r. na stronie 11 Sprawozdania Zarządu Wodociągów struktura rodzajowa przychodów za 2020 r.: przychody razem za 2020 r. - 9.949.000; zadania powierzone tj. sprzedaż wody oraz odbiór i oczyszczanie ścieków - 7.463.000 zł, sprzedaż robót odpłatnych
- 1.286.000 zł, co stanowi ok. 12% wszystkich przychodów w tym roku.

Średnio wszystkie przychody za 3 lata - 9.944.666 zł.

Średnio przychody za sprzedaż wody i oczyszczanie ścieków za 3 lata - 7.434.666 zł.

Średnio przychody z robót odpłatnych (zadania nie powierzone) - 1.785.333 zł.

Odwołujący stwierdził, że z przedstawionych wartości wynika, że nie ma żadnej możliwości aby ponad 90% działalności kontrolowanej Wodociągów dotyczyła wykonywania zadań powierzonych jej przez zamawiającego sprawującego kontrolę. Za wskazane 3 lata było to ok. 74%.

Odwołujący wyjaśnił, że przedstawione w poprzednich akapitach dane i dowody podważają prawdziwość oraz sens i tak enigmatycznych tez zamawiającego o tym, że „prognozę handlową sporządzono z uwzględnieniem dotychczasowych historycznych danych, dotyczących przychodów Spółki (w zakresie działalności w sferze wodno kanalizacyjnej) przy jednoczesnej projekcji przyszłościowej w zakresie przychodów z tej działalności (zakotwiczonej w danych historycznych) jak i działalności w zakresie branży gospodarki odpadami komunalnymi”. Dla oceny zasadności zarzutów niniejszego odwołania kluczowa jest kwestia następująca. Mianowicie nie sposób dociec, w jaki sposób zamawiający, którego Spółka nie działała dotąd w branży gospodarki odpadami komunalnymi określił w tym, co podaje za „prognozę”, wartość usług w zakresie odbioru i transportu odpadów z terenów zamieszkałych i mieszanych tj. wartości wskazane w tabeli 1 pod poz. Nr 3. na kwotę 3.567.000 zł, a w tabeli nr 2 w poz. 3 i 4 na kwoty odpowiednio 3.300.000 zł i 287.000 zł. Jeżeli ogłoszenie w zakresie wiarygodnej prognozy handlowej ma z punktu widzenia wykonawców, do których przecież jest skierowane, jakiś punkt kluczowy w kontekście funkcji kontrolnej czy spełnione są przesłanki zamówienia „z wolnej ręki”, to są nim właśnie ww. pozycje dotyczące odbioru i transportu odpadów z terenów zamieszkałych i mieszanych z obu tabel, zamieszczonych przez zamawiającego. To ich wielkości przesądzą lub nie o spełnieniu wymogu ponad 90% działalności kontrolowanej w zakresie zadań powierzonych. Dane z tabel, związane z dotychczasową działalnością Wodociągów, dotyczące usług w zakresie wody i ścieków oraz pozostałych, wykonawcy mogą skonfrontować w oparciu o dane historyczne z KRS. Jednakże jest oczywiste, że podstawowym przedmiotem prognozy powinny być wartości, odnoszące się do działalności, którą dopiero Wodociągi mają wykonywać tj. do odbioru i transportu odpadów z terenów zamieszkałych i mieszanych. W tego rodzaju sytuacji zamawiający podaje wartości usług odbioru i transportu odpadów z terenów zamieszkałych i mieszanych bez żadnego wyjaśnienia, uzasadnienia, bez kalkulacji - bez cegogokolwiek. Jedyne twierdzenie zamawiającego w całym ogłoszeniu, które tych kluczowych danych dotyczy, brzmi :”.. jak i działalności w zakresie branży gospodarki odpadami komunalnymi”. Z tych względów w ocenie odwołującego „prognoza” przedstawiona przez zamawiającego nie ma żadnych znamion wiarygodności. Na marginesie odwołujący wskazał, że tabela 2, zamieszczona w ogłoszeniu w ogóle nie ma związku z przedmiotem zamówienia, a co za tym idzie z przedmiotem niniejszego postępowania. Przedmiotem zamówienia jest odbiór i transport odpadów komunalnych z nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy oraz z nieruchomości, które w części zamieszkują mieszkańcy, a w części nie zamieszkują mieszkańcy. Tabela 2 dotyczy zaś nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy oraz nieruchomości na których mieszkańcy nie zamieszkują.

Dodatkowo odwołujący zwrócił uwagę, że umieszczenie w prognozie handlowej tabeli 2 potwierdza brak wiarygodności prognozy handlowej również z punktu widzenia działalności na rynku odbioru odpadów. Zamawiający kwalifikuje w niej (wariant II) jako działalność powierzoną, odbiór i transport odpadów z „terenów” niezamieszkałych. Tymczasem zgodnie z art. 6c ust. 2a ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, w przypadku gdy rada gminy w drodze uchwały postanowi o odbieraniu odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, na których nie zamieszkują mieszkańcy, wójt, burmistrz lub prezydent miasta jest obowiązany udzielić zamówienia publicznego w trybie przetargu zorganizowanego na podstawie przepisów Pzp na odbieranie odpadów komunalnych od właścicieli tych nieruchomości. Objęcie tzw. nieruchomości niezamieszkałych gminnym systemem odbioru odpadów komunalnych wyłącza więc możliwość udzielenia zamówienia z wolnej ręki i zaliczenia przychodów z tego tytułu do przychodów z działalności powierzonej. Wykonawca (tu: Wodociągi) musiałby najpierw wygrać prowadzony w formule konkurencyjnej przetarg, aby w sposób wiarygodny uwzględnić przychody z nieruchomości niezamieszkałych w prognozach handlowych. Nie

może uchodzić za wiarygodną prognoza handlowa oparta o niezgodne z prawem i dalece niepewne założenia.

W związku z powyższym odwołujący stwierdził, że uzasadnienie zarzutów odwołania i podniesione w nim fakty, świadczą o zlekceważeniu przez zamawiającego przesłanek ustawowych oraz wykonawców.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego zgłosili wykonawcy: ATF Sp. z o.o. Sp. k. siedzibą w Chojnicy, A. K. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą PHU SANIKO A. K. siedzibą w Kartuzach oraz Remondis Sp. z o.o.

siedzibą w Warszawie, natomiast po stronie zamawiającego przystąpienie zgłosił wykonawca Wodociągi Miejskie Bytów Sp. z o.o. siedzibą w Bytowie.

Zamawiający w dniu 27 grudnia 2021 r. złożył do akt sprawy odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania.

W dniu 5 stycznia 2022 r. do akt sprawy zostały złożone pisma procesowe przez odwołującego, wykonawcę ATF, zamawiającego oraz Wodociągi, wynikające z zobowiązania nałożonego przez skład orzekający na posiedzeniu niejawnym w dniu 27 grudnia 2021 r. W pismach tych ww. podmioty przedstawili swoje stanowisko procesowe oraz przedstawili wnioski dowodowe.

W dniu 13 stycznia 2022 r. zamawiający złożył kolejne pismo procesowe, które odnosiło się do stanowisk odwołującego oraz wykonawcy ATF zawartych w pismach procesowych przedstawionych w dniu 5 stycznia 2022 r.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania, złożonych dowodów oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron i uczestników postępowania odwoławczego, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba uznała, że odwołujący wykazał posiadanie interesu w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 Pzp.

Ponadto Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 Pzp i skierowała odwołanie na rozprawę.

Wobec spełnienia przesłanek określonych w art. 525 ust. 1-3 Pzp, Izba stwierdziła skuteczność zgłoszonych przystąpień przez:

- wykonawcę ATF Sp. z o.o. Sp. k. siedzibą w Chojnicy (zwanego dalej jako: „ATF”), do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie odwołującego;
- wykonawcę A. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą PHU SANIKO A. K. siedzibą w Kartuzach, do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie odwołującego;
- wykonawcę Remondis Sp. z o.o. siedzibą w Warszawie, do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie odwołującego;
- wykonawcę Wodociągi Miejskie Bytów Sp. z o.o. siedzibą w Bytowie (zwanego dalej nadal jako: „Wodociągi”), do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego.

W związku z tym ww. wykonawcy stali się uczestnikami postępowania odwoławczego.

Izba zaliczyła na poczet materiału dowodowego:

1) dokumentację przekazaną w postaci elektronicznej, zapisaną na płycie DVD, złożoną do akt sprawy przez zamawiającego w dniu 20 grudnia 2021 r., w tym w szczególności:

- ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 2 grudnia 2021 r.;
- uzasadnienie faktyczne i prawne wyboru trybu udzielenia zamówienia z dnia 17 listopada

2021 r.;

2) załączone do odwołania:

- uchwałę Rady Miejskiej w Bytowie z dnia 16 czerwca 2021r XXXII/315/2021;
- sprawozdanie Zarządu Wodociągów Miejskich Bytów Sp. z o.o. za 2018 r.;
- sprawozdanie Zarządu Wodociągów Miejskich Bytów Sp. z o.o. za 2019 r.;
- sprawozdanie Zarządu Wodociągów Miejskich Bytów Sp. z o.o. za 2020 r.;
- informację odpowiadającą odpisowi pełnemu z Rejestru Przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego dotyczącą Wodociągów Miejskich Bytów Sp. z o.o.;

3) dokumenty złożone przez zamawiającego na posiedzeniu niejawnym w dniu 27 grudnia

2021 r.:

- Analizę uwarunkowań organizacyjno-prawnych rozpoczęcia przez spółkę Wodociągi Miejskie Bytów sp. z o.o. działalności w zakresie odbioru i transportu odpadów komunalnych z terenu gminy Bytów (zwaną dalej jako: „Analiza”) - dokument z 30 kwietnia 2021 r.;
- suplement do ww. Analizy z dnia 14 maja 2021 r.;
- załącznik nr 1 do regulaminu organizacyjnego z 15 listopada 2021 r.;

4) złożony na posiedzeniu niejawnym w dniu 27 grudnia 2021 r. przez wykonawcę ATF - Wieloletni plan rozwoju i modernizacji urządzeń wodociągowych i urządzeń kanalizacyjnych na lata 2021-2024 Wodociągów Miejskich Bytów sp. z o.o. stanowiący załącznik do uchwały nr XXVI/243/2020 Rady Miejskiej w Bytowie z dnia 21 grudnia 2020 r.;

5) dokumenty złożone na posiedzeniu niejawnym w dniu 27 grudnia 2021 r. przez Wodociągi:

- teczkę zatytułowaną Dokumenty na potrzeby wykonania analizy uwarunkowań organizacyjno-prawnych rozpoczęcia przez spółkę Wodociągi Miejskie Bytów sp. z o.o. działalności w zakresie odbioru i transportu odpadów komunalnych z terenu gminy Bytów,

dokument z marca 2021 r.;

- pakiet dokumentów dotyczących reorganizacji spółki Wodociągi Miejskie Bytów sp. z o.o. obejmujących: Uchwałę nr XXXII/315/2021 Rady Miejskiej w Bytowie z dnia 16 czerwca 2021 r. w sprawie powierzenia Wodociągom Miejskim Bytów Sp. z o.o. wykonywania zadania własnego gminy Bytów, protokoły zdawczo-odbiorcze z dn. 10 listopada 2021 r., 18 listopada 2021 r., 23 listopada 2021 r., 25 listopada 2021 r., 3 grudnia 2021 r., wniosek o zmianę danych podmiotu w rejestrze przedsiębiorców z dnia 5 października 2021 r. wraz z wypisem z Krajowego Rejestru Sądowego z dnia 13 grudnia 2021 r., wniosek o wpis do rejestru działalności regulowanej z dn. 15 października 2021 r. wraz z potwierdzeniem wpisu do rejestru działalności regulowanej z dn. 18 października 2021 r., wniosek aktualizacyjny z dnia 15 października 2021 r. w systemie BDO wraz z potwierdzeniem z dnia 18 października 2021 r., umowę nr 20/2021 z dn. 21 grudnia 2021 r. na sukcesywną dostawę paliw płynnych dla Wodociągów, Uchwałę nr 3/2021 Zarządu Wodociągów z dnia 15 listopada 2021 r. w sprawie wprowadzenia w życie Regulaminu Organizacyjnego „Wodociągów Miejskich Bytów” Sp. z o.o. w Bytowie oraz Regulamin organizacyjny z grudnia 2009 r. , informację z dn. 22 listopada 2021 r. o wyborze najkorzystniejszej oferty w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym bez negocjacji pn. Odbiór odpadów komunalnych z nieruchomości, na których nie zamieszkują mieszkańcy, a powstają odpady komunalne (bez nieruchomości, które w części zamieszkują mieszkańcy, a w części nie zamieszkują mieszkańcy), położonych na terenie gminy Bytów oraz ich transport do Zakładu Zagospodarowania Odpadów Sierzno Sp. z o. o., e-mail z dn. 25 listopada 2021 r. ws. Uaktualnienia Regulaminu wynagradzania i pracy wraz z wstępną propozycją regulaminu z dn. 17 grudnia 2021 r., uchwałę nr 4/2021 Zarządu Wodociągów w sprawie zatwierdzenia Regulaminu wynagradzania pracowników oraz regulaminu pracy, wydatki na BHP z dn. 17 grudnia 2021 r., umowy o pracę (łącznie 19 szt.);

- umowę o dzieło z dnia 14 czerwca 2021 r.;

6) załączone do pisma procesowego odwołującego z dnia 5 stycznia 2022 r.:

- protokół Rady Nadzorczej Wodociągów z dnia 24 czerwca 2021 r.;

- protokół z posiedzenia Rady Nadzorczej Wodociągów z dnia 26 listopada 2021 r.;
- 7) załączoną do pisma procesowego Wodociągów z dnia 5 stycznia 2022 r. kopię umowy na paliwo i koncesję na obrót paliwami płynnymi;
- 8) załączone do pisma procesowego zamawiającego z dnia 5 stycznia 2022 r.:
 - dokument „Zapisy na kontach analitycznych”;
 - notatkę służbową ze spotkania z dnia 16 listopada 2021 r. wraz z załącznikami;
 - kopię Analizy (w wersji ostatecznej);
 - kopie artykułów prasowych dotyczących zamierzeń Gminy Bytów w obszarze sposobu realizacji zadań z zakresu odbioru odpadów komunalnych;
 - wyciągi z Protokołów sesji Rady Miasta Bytów;
 - zmienioną umowę spółki Wodociągi;
 - potwierdzenie dokonania zmian PKD spółki Wodociągi;
- 9) załączoną do pisma procesowego zamawiającego z dnia 13 stycznia 2022 r. Informację o zamiarze zawarcia umowy (opublikowaną na stronie:).

Izba oddaliła wnioski dowodowe złożone przez odwołującego, wykonawcę ATF oraz

Wodociągi dotyczące:

- powołania biegłego rzeczoznawcy z zakresu ekonomii i przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego na okoliczność : czy przedłożone przez Zamawiającego dokumenty (Ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy z dnia 2 grudnia 2021r., Analizy uwarunkowań organizacyjno prawnych rozpoczęcia przez Spółkę Wodociągi Miejskie Bytów sp. z o.o. działalności w zakresie odbioru i transportu odpadów komunalnych z terenu Gminy Bytów, Suplement do niej z dnia 14 maja 2021r.), zawierają niezbędne elementy do oszacowania wielkości przychodów Wodociągów na 2022r. w poszczególnych rodzajach działalności, wskazanych w strukturach przychodów zawartych w tych dokumentach - wniosek odwołującego;
- dopuszczenia i przeprowadzenia dowodu z opinii biegłego z dziedziny ekonomii i analiz ekonomicznych, w przedmiocie oszacowania prognozowanych przychodów Wodociągów w wariantach I i II (tj. wariantach określonych w uzasadnieniu faktycznym i prawnym wyboru trybu udzielenia zamówienia) - w zakresie następujących rodzajów działalności:
 - a) zaopatrzenia w wodę;
 - b) odprowadzenia ścieków;
 - c) odbioru i transportu odpadów z terenów zamieszkałych i mieszanych;
 - d) odbioru i transportu odpadów z terenów niezamieszkałych;
 - e) usług pozostałych,
- i w oparciu o ww. szacunkowe wartości przyszłych przychodów, oszacowanie wskaźnika in-house, o którym mowa w art. 214 ust. 7 Pzp w zw. z art. 214 ust. 1 pkt 11 lit. b) Pzp - wniosek ATF;
- dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z zeznań świadka pana Jarosława Wisza - na okoliczność przyjętej metodologii i sposobu przeprowadzenia analiz finansowo-ekonomicznych na potrzeby wykonania Analizy oraz w suplemencie do tego opracowania z dnia 14 maja 2021 r., które to opracowania posłużyły zamawiającemu jako materiał wyjściowy do ustalenia występowania w stosunku do Wodociągów przesłanek, o których mowa w art. 214 ust. 1 pkt. 11 oraz ust. 6 Pzp, uprawniających do wszczęcia i przeprowadzenia postępowania pn. Usługa odbioru odpadów komunalnych z nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy oraz z nieruchomości, które w części zamieszkują mieszkańcy a w części nie zamieszkują mieszkańcy położonych na terenie g. Bytów oraz ich transport do ZZO Sierzno - wniosek Wodociągów.

Odwołujący odnośnie swojego wniosku wskazał, że analiza przedstawionych przez zamawiającego danych w złożonych dokumentach wymaga specjalistycznej wiedzy z

zakresu ekonomii. Odwołujący wyjaśnił, że w odwołaniu oraz piśmie z dnia 5 stycznia 2022 r., wskazał na uchybienia zamawiającego, które w jego ocenie dyskwalifikują je jako dokumenty, służące wykazaniu przesłanek zastosowania trybu z wolnej ręki z art. 214 ust. 1 pkt. 11 w zw. z art. 214 ust. 6 Pzp. Jednakże kompleksowa analiza budzących wątpliwości materiałów, przedłożonych przez zamawiającego, wymaga wiadomości specjalistycznych z zakresu ekonomii, w związku z czym wniosek o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego jest w pełni uzasadniony.

Wykonawca ATF w ramach swojego wyjaśnił, że ustalenie wiarygodności prognoz handlowych - niezbędne dla ustalenia stanu faktycznego sprawy - wymaga wiadomości specjalnych. Wiadomości te posiada biegły z zakresu ekonomii i analiz ekonomicznych, który na podstawie przekazanych mu dokumentów będzie w stanie oszacować prognozowane przychody Wodociągów na rok 2022, a tym samym pozwoli składowi orzekającemu ocenić wiarygodność prognoz handlowych (poprzez oszacowanie wskaźnika in-house, który w jego ocenie nie zostanie osiągnięty i nie wynika z przedłożonych prognoz handlowych).

Wodociągi odnosząc się swojego wniosku stwierdziły, że zawnioskowany świadek był autorem części ekonomicznej opracowań, które zostały złożone jako materiał dowodowy przez zamawiającego na posiedzeniu w dniu 27 grudnia 2021 r. - co potwierdza złożona uprzednio przez niego na posiedzeniu kopia umowy o dzieło z dnia 14 czerwca 2021 r. Zawnioskowany świadek, będący współautorem ww. opracowań, jest osobą o wieloletnim doświadczeniu księgowo-ekonomicznym posiadającym praktyczną wiedzę w obszarach związanych z uwarunkowaniami ekonomiczno-finansowym związanymi z procesem wykonywania zamówień in-house w obszarze gospodarki odpadowej. Świadek jest Głównym Księgowym i Prokurentem w Krośnieńskim Przedsiębiorstwie Wodociągowo - Komunalnym Sp. z o.o. w Krośnie Odrzańskim, której to spółce cztery lata temu Gmina Krosno Odrzańskie powierzyła w trybie zamówienia in - house odbiór i transport odpadów. Powierzenie zadania odbyło się w warunkach analogicznych do sytuacji Wodociągów, tzn. spółka przed powierzeniem zadania przez gminę była spółką o profilu wodociągowo - kanalizacyjnym w gminie podobnej wielkości do Gminy Bytów (miasto powiatowe). Powierzenie odbyło się z sukcesem, a założenia i prognozy przyjęte w związku z rozpoczęciem nowej działalności okazały się trafne. Świadek od początku procedury odpowiada za stronę ekonomiczno-finansową przedsięwzięcia. Informacje i wyjaśnienia, które mógłby przekazać zawnioskowany przez świadek Izbie z całą pewnością mogą mieć istotne znaczenia dla rozstrzygnięcia odwołania, albowiem skład orzekający mógłby uzyskać bezpośrednie informacje m.in. w przedmiocie katalogu przyjętych danych finansowo-ekonomicznych, które posłuży do opracowania wiarygodnych prognoz handlowych, o których mowa w art. 214 ust. 6 Pzp jak również w kwestii zastosowanych metod dla ich wyliczenia. Dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z zeznań zawnioskowanego świadka umożliwi Izbie uzyskanie informacji i wiedzy niezbędnej dla rozpoznania odwołania - bez potrzeby przeprowadzania dowodu z opinii biegłego, o której mowa w art. 539 ust. 1 Pzp.

Rozstrzygając o powyżej wskazanych wnioskach dowodowych Izba doszła do przekonania, że zebrany w sprawie materiał dowodowy dotyczący zarzutu odnoszącego się do wiarygodności prognoz handlowych był w wystarczający, co umożliwiło jego merytoryczne rozpoznanie. W związku z tym Izba kierując się dyspozycją zawartą w art. 541 Pzp odmówiła przeprowadzenia ww. wniosków dowodowych uznając, że fakty będące ich przedmiotem zostały stwierdzone innymi dowodami, a ponadto ich przeprowadzenie doprowadziłoby jedynie do nieuzasadnionego wyłączenia postępowania przetargowego

Treść przepisów dotyczących zarzutów:

- art. 214 ust. 1 pkt 11 lit. b Pzp - Zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki, jeżeli zachodzi co najmniej jedna z następujących okoliczności:

(...)

11) zamówienie udzielane jest przez zamawiającego, o którym mowa w art. 4 i art. 5 ust. 1 pkt 1, osobie prawnej, jeżeli spełnione są łącznie następujące warunki:

(...)

b) ponad 90% działalności kontrolowanej osoby prawnej dotyczy wykonywania zadań powierzonych jej przez zamawiającego sprawującego kontrolę lub przez inną osobę prawną, nad którą ten zamawiający sprawuje kontrolę, o której mowa w lit. a;

- art. 214 ust. 6 Pzp - 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;

- art. 214 ust. 7 Pzp - 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 pozorów.

Izba ustaliła i zważyła co następuje

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz stanowiska stron i uczestników postępowania odwoławczego Izba uznała, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Przechodząc do merytorycznego odniesienia do podniesionych w odwołaniu okoliczności Izba w pierwszej kolejności zwróciła uwagę na pewne kwestie o charakterze ogólnym słusznie podkreślone przez zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie, które z pewnością pozwolą przyporządkować ustalony stan faktyczny przedmiotowej sprawy do właściwych przepisów prawa. Jak ustalono powyżej zamawiający wszczął postępowanie w celu udzielenia zamówienia in-house, podmiotowi zależnemu tj. Wodociągom. W związku z powyższym, względem zamawiającego zaktualizował się obowiązek informacyjny wynikający z art. 216 ust. 1 Pzp, polegający na zamieszczeniu w Biuletynie Zamówień Publicznych ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy, przed udzieleniem zamówienia na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 11 - 14 Pzp, na zasadach określonych w dziale III rozdziale 2 Pzp. Publikacja wskazanego ogłoszenia, stanowi jedyny znany przepisom Pzp obowiązek informacyjny, warunkujący możliwość zawarcia umowy na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 11 Pzp. Obowiązek, ten na gruncie przepisów Pzp zastąpił znany z poprzednio obowiązującej ustawy obowiązek zamieszczenia na stronie podmiotowej Biuletynu Informacji Publicznej informacji o zamiarze zawarcia umowy (art. 67 ust. 11 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych, tj. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.). Przepis art. 267 ust. 2 pkt 2 Pzp (ulokowany w ramach Działu III rozdziału 2 Pzp) stanowi, że w Biuletynie Zamówień Publicznych zamawiający zamieszcza ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy. Przepisy Pzp nie precyzują zakresu informacji jakie mają zostać zawarte w ogłoszeniu o zamiarze zawarcia umowy. Zakodowana w art. 272 ust. 2 Pzp delegacja do wydania rozporządzenia, stanowi, że zakres informacji zawartych w ogłoszeniach zamieszczanych w Biuletynie Zamówień Publicznych określany jest przez Ministra właściwego do spraw gospodarki. Akt ten wydany został z uwzględnieniem rodzaju ogłoszeń, trybu postępowania o udzielenie zamówienia oraz szczególnych instrumentów i procedur. Należy zatem uznać, że akt ten w pełni ukazuje intencje prawodawcy co do zakresu i szczegółowości informacji, których zamieszczenie w ogłoszeniu o zamiarze zawarcia umowy ma charakter obowiązkowy. Zakres informacji zawartych w ogłoszeniu o zamiarze zawarcia umowy określa załącznik 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). Zgodnie natomiast z art. 269 ust. 1 Pzp Zamawiający zamieszcza ogłoszenie w

Biuletynie Zamówień Publicznych, przy użyciu środków komunikacji elektronicznej, za pomocą formularzy umieszczonych na stronach portalu internetowego Urzędu.

Mając na względzie zakres informacji sformułowanych w ogłoszeniu o zamiarze zawarcia umowy, jak również treść zarzutów, należało wskazać, że zamawiający elementy składowe uzasadnienia udzielenia zamówienia in-house, zasadniczo winien zawrzeć w ramach „uzasadnienia faktycznego i prawnego wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki”. Zamawiający mógł również skorzystać z pola „informacje dodatkowe” - uzupełniając uzasadnienie. Jak wyjaśnił zamawiający formularz pozwalał mu na sformułowanie uzasadnienia (w ramach obu ww. sekcji) liczącego ok. 3 000 znaków. Zamawiający publikując na stronie postępowania „Uzasadnienie faktyczne i prawne” sporządził je na 10 stronach - ok. 27 000 znaków (było ono ok. dziewięciokrotnie dłuższe niż pozwala na to formularz ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy). Powyższe ukazuje, że stanowisko odwołującego co do poziomu szczegółowości wykazania przez zamawiającego zaktualizowania się przesłanek warunkujących udzielenie zamówienia in-house, stanowiło de facto oczekiwanie samego odwołującego, niekorelujące z wymogami prawodawcy. Nie sposób przyjąć, że prawodawca ustanowił względem zamawiających obowiązek tak szczegółowego uzasadnienia faktycznego i prawnego, jak oczekiwał tego odwołujący, oddając jednocześnie zamawiającym narzędzie - ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy - sporządzane na formularzu, które uniemożliwia jego spełnienie. Stanowisko odwołującego w ww. zakresie nie korespondowało nie tylko z założeniem o racjonalności ustawodawcy, ale abstrahowało od narzędzi, które zostały oddane zamawiającym w celu spełnienia obowiązku ustawowego. Podkreślenia wymaga, że ustawodawca z zamysłem zmienił sposób w jaki informacje o zamówieniach in-house są rozpowszechniane. W sytuacji w której informacje zamieszczane były na stronie podmiotowej Biuletynu Informacji Publicznej, zamawiający nie byli w żaden sposób skrupowani limitem znaków w formularzu ogłoszenia. Mając na względzie powyższe, limitację znaków w formularzu, należy uznać za zabieg zamierzony. Dodatkowo zamawiający

w postępowaniu rozszerzył uzasadnienie, czyniąc je bardziej szczegółowym, niż oczekiwał tego prawodawca. Jednocześnie szczegółowość sporządzonego przez zamawiającego ogłoszenia nie pozwalała na uznanie go za lapidarne, hasłowe i niewykazujące zaktualizowania się przesłanek warunkujących udzielenie zamówienia in-house.

Zamawiający odniósł się do wszystkich przesłanek udzielenia zamówienia in-house na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 11 Pzp, w tym do wynikającej z lit b) wskazanego przepisu, w sposób umożliwiający weryfikację okoliczności, które uwzględnił zamawiający podejmując decyzję o wszczęciu postępowania w celu udzielenia zamówienia in-house. Powyższe potwierdza już samo odniesienie się przez odwołującego do okoliczności wskazanych w ogłoszeniu i kwestionowanie ich przydatności dla wykazania przesłanek udzielania zamówienia in-house.

Względem zarzutów odwołującego opierających się na niedołączeniu do ogłoszenia „wiarygodnej prognozy handlowej”, czy też innych dokumentów - „dokumentów źródłowych” na podstawie, których ustalono zaktualizowanie się wyrażonej w art. 214 ust. 1 pkt 11 lit b) Pzp przesłanki zależności ekonomicznej, zamawiający słusznie wskazał, że wbrew stanowisku odwołującego, ww. kategorie dokumentów nie stanowią ani części ogłoszenia (na co wprost wskazuje katalog obowiązkowych elementów ogłoszenia), ani obligatoryjnie rozpowszechnianego załącznika do ogłoszenia. Takiego obowiązku nie kreuje żaden przepis Pzp. Odwołujący opierał swoje stanowisko na tym, że ustawodawca w art. 214 ust. 6 Pzp nakazuje zamawiającemu przedstawienie wiarygodnej prognozy handlowej. Wbrew jednak

tej tezie art. 214 ust. 6 Pzp nie nakazuje przedstawienia wiarygodnej prognozy handlowej,

lecz jej sporządzenie i wykorzystanie na potrzeby weryfikacji okoliczności o której mowa w art. 214 ust. 1 pkt 11 lit b) Pzp (przepis posługuje się zwrotem 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). Nie sposób takiego obowiązku wywodzić również z treści art. 216 Pzp, skoro ogłoszenie o zamiarze udzielenia zamówienia nie przewiduje możliwości dołączenia do niego załączników, ani nie przewiduje obowiązku (a wręcz możliwości) zamieszczenia w nim pełnej treści wiarygodnej prognozy handlowej, czy też dokumentów źródłowych.

Mając na względzie, iż obowiązek uprzedniego opublikowania ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy in-house, stanowi wyjątek od fakultatywnego rozpowszechniania informacji o zamiarze udzielenia zamówienia publicznego w trybie z wolnej ręki, kierując się zasadą

exceptiones non sunt extendendae, nie było podstaw do stwierdzenia, że zamawiający rozpowszechnił inne informacje, niż te do rozpowszechnienia, których zgodnie z przepisami Pzp był obowiązany. Gdyby zamiarem ustawodawcy - który stanowiąc przepis art. 216 ust. 1 Pzp wiedział o funkcjonowaniu w obrocie zamówień publicznych dokumentu rodzajowo określonego jako „wiarygodna prognoza handlowa” jak również dokumentów źródłowych na podstawie, których się je sporządza - było nałożenie na zamawiających obowiązku ich rozpowszechniania, wynikałoby to wprost z przepisów Pzp. Ich udostępnienie, podobnie jak udostępnienie analizy potrzeb i wymagań, następuje w trybie ustawy z dnia 6 września 2001 r. o dostępie do informacji publicznej (tj. Dz. U. z 2020 r. poz. 2176). Jak podniósł zamawiający, odwołujący na dzień wniesienia odwołania, nie skierował do zamawiającego wniosku o udostępnienie wiarygodnej prognozy handlowej, ani innych dokumentów.

W dalszej kolejności Izba ustaliła, że zamawiający w uzasadnieniu faktycznym i prawnym wyboru trybu udzielenia zamówienia wskazał, iż Reorganizacja Spółki polega na rozszerzeniu zakresu usług użyteczności publicznej, które mocą decyzji władcy-właścicielskiej Gminy, Spółka będzie realizować na rzecz Gminy i jej mieszkańców. Dotychczas Spółka mocą aktu przekształcenia Przedsiębiorstwa Komunalnego w Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością realizowała zadania z zakresu zadań wodno-kanalizacyjnych Gminy (zbiorowe zaopatrzenie w wodę i zbiorowego odprowadzania ścieków). Spektrum usług realizowanych przez Spółkę ulega zmianie i Spółka została przetransformowana w spółkę komunalną o charakterze wielobranżowym, która oprócz dotychczasowej działalności realizować będzie również usługi z zakresu gospodarki odpadami komunalnymi. O zasadności kwalifikacji powyższego jako reorganizacji świadczy co najmniej to, że Spółka rozpocznie działalność w całkowicie nowej dla siebie branży, która stanowi wyodrębniony sektor działalności gospodarczej. Na rynku krajowym, funkcjonuje szereg podmiotów, dla których realizacja usług odpadowych, w tym wyłącznie odbiorowych, stanowi jedyną i wyłączną przestrzeń działalności gospodarczej. Powyższe ukazuje, że jest to przestrzeń na tyle istotna, że może mieć charakter samoistny i samodzielny. Tym samym rozszerzenie spektrum działalności Spółki o prowadzenie działalności w sferze odpadów komunalnych, można uznać za reorganizację przedmiotową, modyfikującą profil działalności Spółki. Powyższe nie tylko transformuje profil działalności Spółki, ale również skutkuje zmianami organizacyjnymi, osobowo-kadrowymi, techniczno-infrastrukturalnymi oraz ekonomicznymi. Wydzielenie nowego obszaru działalności Spółki różniącego się od

dotychczasowego profilu działalności Spółki, powiązane z szeregiem zmian, które stanowią konsekwencję ww. zmian strategicznych wprowadzonych przez właściciela, wypełnia znamiona reorganizacji.

Mając na względzie powyższe oraz stanowisko odwołującego skład orzekający uznał, że odwołujący w istocie nie kwestionował sposobu uzasadnienia zaistnienia reorganizacji, lecz kwestionował możliwość uznania ww. okoliczności za wchodzące w zakres pojęcia „reorganizacja” w rozumieniu art. 214 ust. 6 Pzp. Kwestionowanie tej okoliczności odwołujący oparł w szczególności na tym, że zmiany nie były na tyle znaczne, aby uznać je za „reorganizację” w rozumieniu art. 214 ust. 6 Pzp.

Powyżej zacytowany fragment uzasadnienia pozwolił również odwołującemu na zidentyfikowanie dalszych zmian, które nastąpiły na skutek decyzji władczo - właścicielskiej. Jak wskazał odwołujący W odniesieniu natomiast do zwiększania zakresu już świadczonych usług należy podkreślić, iż w przypadku Wodociągów ewentualne udzielenie przedmiotowego zamówienia spowodowało by wyłącznie to, że zakres usług odbierania odpadów będzie prawdopodobnie wymagał zwiększenia zatrudnienia, zakupu nowego sprzętu i tym podobnych działań. Jednak są to zwykłe i naturalne konsekwencje rozszerzenia dotychczasowej działalności. Jak wynikało z powyższego odwołujący nie kwestionował szczegółowości uzasadnienia, lecz możliwość uznania tzw. reorganizacji przedmiotowej Wodociągów, za reorganizację w rozumieniu art. 214 ust. 6 Pzp.

W dalszej kolejności Izba ustaliła, że zamawiający w uzasadnieniu wskazał, iż Dotychczasowe, historyczne dane przychodowe, w ogóle nie obejmują przychodów z działalności nieistniejącej tj. działalności w sferze gospodarki odpadami komunalnymi. W konsekwencji dane te są nieadekwatne dla oceny stopnia zależności ekonomicznej Spółki od Gminy, w tym również dlatego, że rozszerzenie spektrum działalności Spółki jest wynikiem decyzji władczo-właścicielskiej Gminy. Nie stanowi ono przejawu decyzji własnej Spółki. Rozszerzenie przedmiotowe profilu działalności Spółki dezaktualizująco wpłynęło na historyczne dane dotyczące przychodów Spółki, albowiem w ogóle nie obejmowały one przychodów z działalności, którą Spółka będzie realizować na skutek reorganizacji - tj. przychodów osiągniętych tytułem realizacji usług z zakresu odbioru odpadów komunalnych. Wyłącznie holistyczne uwzględnienie całości przychodów Spółki, w tym wynikających z całego spektrum działalności, którą będzie realizować w okresie wykonywania zamówienia in-house na potrzeby udzielenia, którego sporządzono niniejsze ogłoszenie, prawidłowo obrazuje stopień zależności Spółki od Gminy. W świetle stanowiska odwołującego, Izba stwierdziła, że odwołujący wskazując, że Samo rozszerzenie działalności gospodarczej spółki o nowe obszary nie może automatycznie skutkować uznaniem danych historycznych za nieadekwatne, a jeżeli tak, to obowiązkiem Zamawiającego jest wykazać, że dane te nie są już adekwatne, zidentyfikował okoliczności, które stanowiły o nieadekwatności danych historycznych dla ustalenia czy pomiędzy Wodociągami a zamawiającym zachodziła zależność ekonomiczna. W istocie zatem odwołanie nie kwestionowało szczegółowości uzasadnienia, lecz możliwość oparcia weryfikacji przesłanki wyrażonej w art. 214 ust. 1 pkt 11 lit b) Pzp na instrumencie wiarygodnej prognozy handlowej.

Odnosząc się szczegółowo do zarzutów podniesionych w odwołaniu Izba ustaliła, że pierwsza grupa zarzutów odnosiła się do kwestii reorganizacji wykonawcy Wodociągi, a konkretnie do braku reorganizacji działalności, szczególnie przez podkreślenie, że reorganizacja działalności została przeprowadzona dla pozorów.

W związku z powyższym skład orzekający stwierdził, że zamawiający zasadnie wskazał, że ustawodawca wprost przewidział sytuację w której reorganizacja uzasadnia odstępianie od weryfikacji istnienia zależności ekonomicznej osoby prawnej, której udzielane jest zamówienie in-house, od zamawiającego udzielającego takiego zamówienia, wyłącznie w oparciu o dane historyczne i ustalenie spełnienia wynikającego z art. 214 ust. 1 pkt 11 lit b) Pzp wymogu w oparciu o wiarygodną prognozę handlową.

Izba stwierdziła, że odwołujący bagatelizując rolę decyzji władczo-właścicielskiej dla procesu reorganizacji abstrahował od genezy wyrażonej w art. 214 ust. 1 pkt 11 lit b) Pzp przesłanki zależności ekonomicznej, która została wypracowana jako pochodna przesłanki „sprawowania kontroli analogicznej” (wyrażonej już w orzeczeniu TSUE z dnia 18 listopada 1999 r. w sprawie C-107/98 Teckal). Odwołujący zmarginalizował znaczenie decyzji władczo-właścicielskiej dla kwalifikacji danych zjawisk jako reorganizacji. Uchwała Rady Miejskiej w Bytowie nr XXXII/315/2021 z dnia 16 czerwca 2021 r. w sprawie powierzenia Wodociągom Miejskim Bytów sp. z o.o. wykonywania zadania własnego gminy Bytów (zwana dalej jako: „Uchwała”) stanowiła istotne znaczenie dla reorganizacji.

Stanowisko odwołującego wskazujące, że samo poszerzenie działalności o nową branżę, nie jest jednoznaczne z reorganizacją w znaczeniu, którym posługuje się ustawodawca w przepisie art. 214 ust. 6, czyli w istocie zawężające przejawy zmian organizacyjnych, które można uznać za reorganizację, Izba uznała za niezgodną z obowiązującymi

przepisach Pzp. Zmiany dotyczące profilu działalności gospodarczej, w szczególności przejawiające się w jego rozszerzeniu na branżę:

- odrębną względem branży w której dotychczas działały Wodociągi;
- o samodzielnym charakterze, tj. wyodrębnioną przedmiotowo;

skutkujące powstaniem podmiotu wielobranżowego, należało uznać za zmiany reorganizujące profil działalności Wodociągów w rozumieniu art. 214 ust. 6 Pzp.

Ponadto Izba przyjęła stanowisko zamawiającego, który wyjaśnił, że wbrew stanowisku odwołującego Wodociągi dotychczas nie były podmiotem wielobranżowym, gdyż „usługi z zakresu budownictwa oraz badań laboratoryjnych” były wprost powiązane z działalnością w branży wodociągowo-kanalizacyjnej. W tym zakresie mieściły się również działania z zakresu inwestycyjnego, w sferze infrastruktury wod-kan (np. w zakresie przyłączy). Nie można było zatem z powyższego wywodzić, wbrew stanowisku odwołującego, że Wodociągi nie zmieniły w sposób istotny swojego profilu działalności.

Izba doszła do przekonania, że decyzja władczo-właścicielska wymusiła na Wodociągach zmiany wewnętrzne, kadrowe, księgowo oraz podjęcie działań inwestycyjnych, których podjęcie nie byłoby konieczne gdyby taka decyzja nie została podjęta. Skutki decyzji władczo-właścicielskiej podjętej przez zamawiającego względem Wodociągów, należało uznać za analogiczne do tych, które wystąpiłyby, gdyby zamawiający, podjął alternatywną decyzję o powołaniu nowej spółki komunalnej. Wodociągi musiały bowiem:

- dostosować strukturę wewnętrzną do działalności wielobranżowej, obejmującej również działalność w sferze gospodarki odpadami komunalnymi;
- podjąć działania zmierzające do uzyskania uprawnień warunkujących działalność w branży gospodarki odpadami komunalnymi;
- podjąć działania inwestycyjne zmierzające do zapewnienia odpowiedniego zasobu sprzętowego;
- podjąć działania zapewniające dysponowaniem odpowiednim zasobem kadrowym.

Powyższe okoliczności wynikały z dowodów złożonych przez Wodociągi na posiedzeniu

niejawnym w dniu 27 grudnia 2021 r.

W dalszej kolejności Izba ustaliła, że odwołujący z jednej strony uznał, iż w zaistniałym stanie faktycznym reorganizacja w ogóle nie wystąpiła, a z drugiej podniósł, iż ma ona charakter pozorny. Odwołujący wskazał, że w jego ocenie pozorną jest reorganizacja, która w ogóle nie wystąpiła lub która ma niewystarczająco doniosłe znaczenie aby uzasadniać skorzystanie z wyjątkowego trybu udzielenia zamówienia, jakim jest wolna ręka. Odwołujący podniósł również, że sięgnięcie przez Zamawiającego po argument w postaci reorganizacji służy jedynie temu, aby udzielić zamówienia in-house w sytuacji, w której Wodociągi nie są w stanie wykazać, że w ostatnich 3 latach 90% działalności Wodociągów dotyczyło wykonywania zadań powierzonych przez Zamawiającego. Oczywiście nie jest to działanie zabronione, ale musi mieć ono charakter rzeczywisty, a nie pozorny.

W ocenie składu orzekającego za reorganizację pozorną, należy uznać taką reorganizację, która stwarza pozory wprowadzenia zmian, w celu wywołania u podmiotów zewnętrznych (odbiorcy zewnętrznego) przeświadczenia, że została ona przeprowadzona, ale w istocie nie modyfikuje sposobu zorganizowania osoby prawnej. Mając na uwadze stan sprawy Izba doszła do przekonania, że wbrew stanowisku odwołującego, reorganizację przeprowadzoną w przedmiotowej sprawie należało ocenić jako realną, tj. skutkującą określonymi zmianami, które w sposób rzeczywisty wpływały zarówno na sposób zapewnienia usług użyteczności publicznej przez zamawiającego jak i na Wodociągi. Wodociągi ze spółki działającej w branży wodociągowo - kanalizacyjnej, stały się spółką dedykowaną również działalności w sferze gospodarki odpadami komunalnymi. Rozszerzenie spektrum działalności gospodarczej Wodociągów miało swój rzeczywisty wymiar - zarówno wewnętrzny jak i zewnętrzny. Spółka dostosowała swoją strukturę organizacyjną, sprzętową, kadrową jak również uzyskała niezbędne uprawnienia do działalności w sektorze gospodarki odpadami komunalnymi. Ponadto jak wyjaśnił zamawiający, Wodociągi uzyskały zamówienie publiczne udzielane w ramach przeprowadzonego przez Gminę Bytów zamówienia pn. Odbiór odpadów komunalnych z nieruchomości, na których nie zamieszkują mieszkańcy, a powstają odpady komunalne (bez nieruchomości, które w części zamieszkują mieszkańcy, a w części nie zamieszkują mieszkańcy), położonych na terenie gminy Bytów oraz ich transport do Zakładu Zagospodarowania Odpadów Sierzno Sp. z o. o.". Powyższe stwierdzenie nie zostało zakwestionowane przez odwołującego, zatem Izba nie znalazła powodów do jego pominięcia w związku z rozstrzygnięciem. Nie sposób zatem uznać reorganizacji za pozorną

- albowiem, niezależnie od udzielenia bądź nieudzielenia Wodociągom zamówienia w ramach przedmiotowego postępowania, profil jej działalności gospodarczej został zmodyfikowany, na skutek czego Wodociągi będą realizować usługi z zakresu gospodarki odpadami komunalnymi, których dotychczas w ogóle nie realizowały.

Mając powyższe na uwadze Izba uznała, że zarzut odnoszący się do braku reorganizacji działalności Wodociągów należało oddalić.

W zakresie zarzutu odnoszącego się do braku możliwości powoływania się na wiarygodne prognozy handlowe w sytuacji adekwatności danych historycznych, Izba ustaliła że celem przesłanki wyrażonej w art. 214 ust. 1 pkt 11 lit b) Pzp jest weryfikacja, istnienia pomiędzy osobą prawną a zamawiającym stosunku zależności ekonomicznej, stanowiącego emanację kontroli analogicznej. Stopień zależności determinowany jest decyzjami strategicznymi zamawiającego. Jak ustalono powyżej na skutek działań reorganizacyjnych, spektrum działalności gospodarczej Wodociągów uległo zmianie. Historyczne dane finansowe nie uwzględniały przychodów pochodzących z działalności w sferze gospodarki odpadami komunalnymi - albowiem takich dotychczas Wodociągi nie osiągały. Na skutek reorganizacji, po stronie Wodociągów pojawiła się całkowicie nowa kategoria przychodowa. W konsekwencji dane dotyczące średniego przychodu za 3 lata poprzedzające udzielenie zamówienia stały się nieadekwatne, względem celu jakiemu miało służyć ich uwzględnienie - wykazaniu zależności ekonomicznej.

Rozszerzenie zakresu działalności Wodociągów na branżę gospodarki odpadami komunalnymi oraz powstanie w związku z powyższym przychodów, należy uznać za czyniące dane historyczne nieadekwatnymi dla weryfikacji okoliczności o której mowa w art. 214 ust. 1 pkt 11 lit b) Pzp. Ukazuje to już samo zestawienie tabelaryczne zamieszczone w uzasadnieniu. Powstanie po stronie Wodociągów nowej kategorii przychodowej modyfikuje stopień zależności ekonomicznej (generuje nowe kategorie przychodowe, które należy uwzględnić oceniając stopień zależności). We wskazanym zakresie odwołujący niezasadnie przyjął, że oparcie weryfikacji przesłanki wyrażonej w art. 214 ust. 1 pkt 11 lit b) Pzp następuje na podstawie prognozy handlowej, jeżeli „dotychczasowe dane przestają być wiarygodne”. Reorganizacja nie powinna czynić dotychczasowych danych niewiarygodnymi, lecz uczynić dokumenty ukazujące dotychczasowy stopień przychodów, niewystarczającymi dla celu w jakim poprzestaje się na ich analizie - weryfikacji istnienia pomiędzy Wodociągami a zamawiającym, zależności ekonomicznej.

Jak słusznie wskazał zamawiający reorganizacja uczyniła dane dotyczące średniego przychodu za 3 lata poprzedzające udzielenie zamówienia nieadekwatnymi względem celu jakiemu służy weryfikacja przesłanki wynikającej z art. 214 ust. 1 pkt 11 lit b) Pzp, tj. ustaleniu czy w konkretnym stanie faktycznym, istnieje zależność ekonomiczna Wodociągów od zamawiającego. Izba nie dopatrzyła się nieprawidłowości w postępowaniu zamawiającego, który uwzględnił dane historyczne, aby prognozie handlowej nadać atrybut „wiarygodności” - pomimo ich zdezaktualizowania się na potrzeby weryfikacji zaktualizowania się przesłanki wyrażonej w art. 214 ust. 1 lit b) Pzp (niezdadności powołania się wyłącznie na dane historyczne przy analizie tej przesłanki). Całkowite pominięcie danych historycznych i uznanie ich za nieistniejące stanowiłoby okoliczność utrudniającą lub wręcz udaremniającą uznanie, że prognoza handlowa jest wiarygodna.

Jak wskazano w odpowiedzi na interpelację „zgodnie z językowym znaczeniem słowa prognoza, jest to przewidywanie przyszłości na podstawie zdarzeń już znanych.”(Odpowiedź

na interpelację nr 6264 z dnia 17 października 2016 r.). Zdarzeniami znanymi są m.in. dotychczasowe przychody Wodociągów, które pozwalały na prognozowanie przychodów jakie zostaną osiągnięte w przyszłości. Dane historyczne w zakresie w jakim były przydatne dla projekcji przyszłych przychodów Wodociągów, zostały uwzględnione w sporządzanej Analizie (przychody te na skutek reorganizacji nie przestaną powstawać). Przy sporządzeniu wiarygodnej prognozy handlowej uwzględniono dotychczasowe źródła przychodowe Wodociągów oraz ich wielkość, jak również uwzględniono przychody, które w przyszłości będą osiągały Wodociągi, w tym w związku z dalszym prowadzeniem działalności w sferze wodociągowo-kanalizacyjnej. Wbrew zatem sugestii odwołującego, uwzględnienie danych historycznych nie stanowiło o konieczności weryfikacji istnienia zależności ekonomicznej Wodociągów od zamawiającego, wyłącznie w oparciu o dane historyczne (z zastosowaniem reguły wynikającej z art. 214 ust. 5 Pzp).

Tym samym Izba oddaliła powyższy zarzut.

Ostatni zarzut dotyczył kwestii braku wykazania, że prognoza handlowa była

wiarygodna. W odniesieniu do tego zarzutu Izba ustaliła, że odwołujący w sposób szeroki odniósł się do prognozy handlowej, jednocześnie utożsamiając ją w odwołaniu z uzasadnieniem faktycznym i prawnym wyboru trybu.

W trakcie trwania postępowania odwoławczego Izbie udało się ustalić jakie informacje wchodziły w skład prognozy handlowej. W celu uczynienia przedmiotowego wyводу bardziej przejrzystym, skład orzekający w pierwszej kolejności zwrócił uwagę na założenia natury ogólnej i stwierdził, że na potrzeby przedmiotowego postępowania odwoławczego pojęcie prognozy handlowej, wobec niezdefiniowania go ani na poziomie dyrektywy zamówieniowej, ani na poziomie ustawodawstwa krajowego, należało definiować w sposób szeroki i za ten dokument w rozumieniu materialnym rozumieć wszelkie dokumenty, wyceny, sprawozdania, bilanse, analizy finansowe, zawarte porozumienia etc. Nie było przy tym konieczne aby dokument ten nosił nazwę „prognozy handlowej” czy też był wyłącznie jednym dokumentem w rozumieniu formalnym. W związku z powyższym w okolicznościach przedmiotowej sprawy za prognozę handlową należało uznać: Analizę, suplement do niej, notatkę służbową ze spotkania z dnia 16 listopada 2021 r. wraz z załącznikami oraz dokumenty źródłowe na podstawie których opracowano te informacje i dokumenty. Jednocześnie wynik przeprowadzonej prognozy uwidocznił się w uzasadnieniu wyboru trybu.

W ocenie składu orzekającego ustawodawca nie ustanowił ani obowiązku zastosowania określonej metodologii według której należy sporządzić prognozę handlową, ani nie nakazał jej całościowego wskazania w uzasadnieniu. Jednocześnie zamawiający w uzasadnieniu scharakteryzował metodologię, którą przyjął na potrzeby sporządzenia prognozy handlowej. Zamawiający wskazał: Mając na względzie wielobranżowość Spółki, wynikającą z rozszerzenia zakresu przedmiotowego działalności Spółki, prognozę handlową sporządzono z uwzględnieniem dotychczasowych, historycznych danych dotyczących przychodów Spółki (w zakresie działalności w sferze wodno-kanalizacyjnej) przy jednoczesnej projekcji przyszłościowej w zakresie przychodów z tej działalności (zakotwiczonej w danych historycznych) jak i działalności w zakresie branży gospodarki odpadami komunalnymi.

Izba przyjmując stanowisko zamawiającego uznała, że w zakresie nowej działalności Wodociągów - działalności w sferze gospodarki odpadami komunalnymi, ze względu na nieprowadzenie dotychczas przez Wodociągi działalności w tym zakresie - prognoza handlowa, opierała się na metodzie kosztowej z uwzględnieniem kosztów przyjętych i zaprezentowanych przez Wodociągi i weryfikowanych przez zamawiającego, z wykorzystaniem w szczególności założeń co do kategorii kosztowych ukazanych w Analizie i Suplemencie, cen ofertowych składanych w dotychczas przeprowadzanych postępowaniach o udzielenie zamówień publicznych przez zamawiającego jak również innych zamawiających. W tym kontekście Izba oparła się na dowodzie powołanym w piśmie zamawiającego z dnia 5 stycznia 2022 r. tj. notatce służbowej ze spotkania z dnia 16 listopada 2021 r. wraz z załącznikami.

W dalszej kolejności skład orzekający uznał za zasadne stanowisko zamawiającego wskazujące, że powiększone o marżę koszty świadczenia usług przez Wodociągi, które ponosić będzie zamawiający na rzecz, którego usługi odbioru odpadów komunalnych będą realizowane są oczywiście korelatem przychodów Wodociągów. Odwołujący postawił tezę, iż „przychody” nie stanowią „kosztów” (nie są kategorią jednoznaczną). Przyjęte przez odwołującego założenie Izba uznała za nieuzasadnione w kontekście specyfiki zamówienia in-house, w którym koszty realizacji usług przez Wodociągi, pokrywa zamawiający generując w ten sposób przychody po stronie podmiotu wewnętrznego, w rozumieniu art. 214 ust. 1 pkt 11 lit b) Pzp.

Izba zwróciła uwagę, że przychody z Analizy i suplementu zostały zaktualizowane w listopadzie 2021 r. (co potwierdzała wspomniana powyżej notatka z dnia 16 listopada 2021 r.). Zgodnie z zaprezentowanymi w listopadzie 2021 r. wyliczeniami:

a) koszt świadczenia usług odbioru i transportu odpadów wynosił odpowiednio: 3 521 358,53 złotych netto / 273 626,85 złotych netto / 3 266 989,45 złotych netto / 3 350 616,30 złotych netto;

b) marża zysku wynosiła odpowiednio: 45 406,16 złotych / 13 681,34 złotych / 32 669,89 złotych / 46 351,24 złotych,

c) cena + marża (przychód) wynosiła odpowiednio: 3 566 764,69 zł / 287 308,19 zł / 3 299 659,34 zł / 3 586 697,54 złotych.

Uwzględniając ww. zaktualizowane, względem Analizy i suplementu dane liczbowe, które należało uznać za element prognozy handlowej w rozumieniu art. 214 ust. 6 Pzp, jako dane najnowsze, w uzasadnieniu wskazano następujące wielkości przychodowe w zakresie usług odpadowych:

a) zestawienie tabelaryczne nr 1 (odbiór i transport odpadów z terenów zamieszkałych i mieszanych) - 3 567 000,00 zł (2022 r.), co odpowiada kwocie wskazanej w notatce (cena + marża) - 3 566 764,69 zł (w zaokrągleniu kwoty prognozowanej);

b) zestawienie tabelaryczne nr 2:

- odbiór i transport odpadów z terenów zamieszkałych i mieszanych - 3 300 000,00 zł (2022 r.), co odpowiada kwocie wskazanej w notatce (cena + marża) - 3 299 659,34 zł (w zaokrągleniu kwoty prognozowanej);

- odbiór i transport odpadów z terenów niezamieszkałych - 287 000,00 zł (2022 r.) co odpowiada kwocie wskazanej w notatce (cena + marża) - 287 308,19 zł (w zaokrągleniu kwoty prognozowanej);

- po zsumowaniu pozycji z lit a) i b) - 3 587 000,00 zł (2022 r.), co odpowiada kwocie wskazanej w notatce (cena + marża) - 3 586 967,54 zł (w zaokrągleniu kwoty prognozowanej).

Powyższe ukazywało, że przychody przyjęte przez zamawiającego zostały ustalone w oparciu o koszty realizacji usług ustalone przez Wodociągi powiększone o ustaloną marżę.

W dalszej kolejności Izba stwierdziła, że wbrew sugestiom odwołującego, przyjęty w prognozie handlowej wskaźnik zależności ekonomicznej był oczywisty i wynosił 92%, co wynikało wprost z uzasadnienia wyboru trybu udzielenia zamówienia. Wykazywanie wątpliwości w tym zakresie należało uznać za przejaw strategii procesowej i budowania narracji co do niewiarygodności prognozy handlowej. Jak wyjaśnił zamawiający, wzrost poziomu wskaźnika zależności ekonomicznej, wynikał z zwiększenia wartości przychodów jakie w 2022 r. prognozowane były do osiągnięcia przez Wodociągi, w zakresie realizacji usług dotyczących zadań powierzonych przez zamawiającego. Wahania na które wskazywali odwołujący jak i wykonawca ATF, a które nastąpiły w przeciągu półrocznego okresu nie dyskredytowały wiarygodności prognozy, gdyż są zjawiskami, które mogą wystąpić, ale wbrew stanowisku strony odwołującej, nie muszą wcale skutkować obniżeniem stopnia przychodów uzyskanych od zamawiającego. Wektor ten może być przeciwny i skutkować zwiększeniem stopnia zależności Wodociągów od zamawiającego. Wobec wskazanej przez odwołującego i ATF okoliczności spadku wskaźnika poniżej 90%, znaczące było również to, że zamawiający zabezpieczył kontrakt na wypadek jej zaistnienia, tak aby nie doprowadzić do takiego stanu (mając świadomość możliwości bieżącego kontrolowania przychodów Wodociągów i redukcji przychodów zewnętrznych), jak również aby zaistnienie stanu następczej niezgodności z wymogami art. 214 ust. 1 pkt 11 Pzp skutkowało przedterminowym zwieńczeniem stosunku obligacyjnego.

Odwołujący kontestował wiarygodność prognozy również na tej podstawie, że tabela 2, zamieszczona w Ogłoszeniu w ogóle nie ma związku z przedmiotem zamówienia, a co za tym idzie z przedmiotem niniejszego postępowania. Przedmiotem zamówienia jest odbiór i transport odpadów komunalnych z nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy oraz z Strona22 nieruchomości, które w części zamieszkują mieszkańcy, a w części nie zamieszkują mieszkańcy. Tabela 2 dotyczy zaś nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy oraz nieruchomości na których mieszkańcy nie zamieszkują. Dodatkowo warto zwrócić uwagę, że umieszczenie w prognozie handlowej tabeli 2 potwierdza brak wiarygodności prognozy handlowej również z punktu widzenia działalności na rynku odbioru odpadów. Zamawiający kwalifikuje w niej (wariant II) jako działalność powierzoną, odbiór i transport odpadów z „terenów” niezamieszkałych. Tymczasem zgodnie z art. 6c ust. 2a ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, w przypadku gdy rada gminy w drodze uchwały postanowi o odbieraniu odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, na których nie zamieszkują mieszkańcy, wójt, burmistrz lub prezydent miasta jest obowiązany udzielić zamówienia publicznego w trybie przetargu zorganizowanego na podstawie przepisów PZP na odbieranie odpadów komunalnych od właścicieli tych nieruchomości. Objęcie tzw. nieruchomości niezamieszkałych gminnym systemem odbioru odpadów komunalnych wyłącza więc możliwość udzielenia zamówienia z wolnej ręki i zaliczenia przychodów z tego tytułu do przychodów z działalności powierzonej. Wykonawca (tu: Wodociągi) musiałby najpierw wygrać prowadzony w formule konkurencyjnej przetarg, aby w sposób wiarygodny uwzględnić przychody z nieruchomości niezamieszkałych w prognozach handlowych. Nie może uchodzić za wiarygodną prognoza handlowa oparta o niezgodne z prawem i dalece niepewne założenia.

W związku z powyższym Izba przyjęła stanowisko zamawiającego i uznała, że ze względu na treść art. 6c ust. 2a u.c.p.g. prognoza przychodów Wodociągów została sporządzona w wariantcie alternatywnym - uzyskania bądź nieuzyskania przez Wodociągi zamówienia na odbiór odpadów z nieruchomości niezamieszkałych. Powstanie po stronie Wodociągów wskazanej kategorii przychodów uzależnione było od uzyskania zamówienia od zamawiającego - tj. uznania oferty Wodociągów za najkorzystniejszą w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego. Jak ustalono powyżej Wodociągi uzyskały wskazane powyżej zamówienie a przychody z jego realizacji można było zakwalifikować jako pochodzące z realizacji usług powierzonych przez zamawiającego. Ponadto odwołujący na rozprawie wskazał, że z protokołu z posiedzenia rady nadzorczej

Wodociągów z dnia 26 listopada 2021 r. wynikało stwierdzenie Dyrektora spółki, że planowany przychód z tytułu działalności wynosi 3 275 549,26 zł, co jest mniejsze od kwoty przychodu określonej w notatce z dnia 16 listopada 2021 r., która wynosiła 3 567 000 zł i która została podana w tabelce zawartej w uzasadnieniu wyboru trybu jako koszt odbioru i transportu odpadów z terenów zamieszkałych i mieszanych na rok 2022. W odpowiedzi na powyższe stanowisko zamawiający wyjaśnił, że protokół z posiedzenia rady nadzorczej spółki Wodociągi z dnia 26 listopada 2021 r. zawierał informacje o kwocie, na którą powołał się odwołujący, która dotyczyła przychodu za odbiór odpadów z nieruchomości zamieszkałych i mieszanych. W dalszej kolejności zwrócił uwagę na str. 2 tego protokołu, w której Dyrektor wyjaśnił, że spółka wygrała przetarg na odbiór odpadów komunalnych z nieruchomości, na których nie zamieszkują mieszkańcy, a położonych na terenie gminy Bytów oraz ich transport do ZZO Sierzno. Zamawiający wskazał, że cena ofertowa Wodociągów wynosiła 314 zł za tonę netto, co po przemnożeniu przez ilość 915 ton wynikającą z SWZ na tamto postępowanie pozwoliło otrzymać kwotę 287 310 zł, która korespondowała z kwotą z tabeli 2 wiersz 4 dla wariantu II, który obejmował nieruchomości zamieszkałe + niezamieszkałe. Dalej zamawiający zwrócił uwagę, aby spojrzeć na ten wydatek z uwzględnieniem rozbitcia podanego w dalszej części protokołu. W tej części zostały podane koszty wraz z procentowym udziałem tych kosztów w ramach kwoty globalnej, które łącznie dały 100% i jako te 100% należało przyjąć kwotę około 3 275 000 zł. W dalszej kolejności należało zwrócić uwagę na marżę zysku na poziomie 1% i wyczenie zysku od ww. kwoty spowodowało łączny wydatek na poziomie około 3 300 000 zł (kwota ta odpowiadała wartości zawartej w tabeli 2 wiersz 3 dla wariantu II zamieszczonej w uzasadnieniu wyboru trybu udzielenia zamówienia).

Wobec spójności i wynikowości zaprezentowanego powyżej wyjaśnienia zamawiającego, Izba uznała je słuszne i przyjęła, że z protokołu z posiedzenia rady nadzorczej Wodociągów z dnia 26 listopada 2021 r., złożonego przez odwołującego, wynikało de facto potwierdzenie założeń zawartych w tabelach umieszczonych na str. 9-10 uzasadnienia faktycznego i prawnego wyboru trybu udzielenia zamówienia, co ostatecznie potwierdziło wiarygodność sporządzonej przez zamawiającego prognozy, a tym samym konieczność oddalenia zarzutu w tym zakresie.

Ponadto Izba uznała dowód złożony przez wykonawcę ATF na posiedzeniu w dniu 27 grudnia 2021 r. za nieprzydatny w kontekście rozstrzygnięcia. Dowód ten dotyczył dokumentu pn. Wieloletni plan rozwoju i modernizacji urzędzeń wodociągowych i urzędzeń kanalizacyjnych na lata 2021-2024 Wodociągów Miejskich Bytów sp. z o.o. stanowiącego załącznik do uchwały nr XXVI/243/2020 Rady Miejskiej w Bytowie z dnia 21 grudnia 2020 r. Ww. dokument odnosił się w swej treści jedynie do planów rozwoju Wodociągów w obszarze działalności wodno-kanalizacyjnej i z istoty tego dokumentu brak w nim informacji nt.

kierunku rozwoju w innych obszarach działalności. Podstawą prawną uchwalenia tego planu był art. 21 ustawy z dnia 7 czerwca 2001 r. o zbiorowym zaopatrzeniu w wodę i zbiorowym odprowadzaniu ścieków (t.j. Dz.U. 2020.2028), zgodnie z którym:

1. Przedsiębiorstwo wodociągowo-kanalizacyjne opracowuje wieloletni plan rozwoju i modernizacji urzędzeń wodociągowych i urzędzeń kanalizacyjnych będących w jego posiadaniu, zwany dalej "planem".

2. Plan określa w szczególności: 1) planowany zakres usług wodociągowo-kanalizacyjnych;

Przedmiotowy plan podlega przyjęciu przez radę gminy w formie uchwały, co wynika z przywołanego przepisu ustawy. Co nadto istotne ww. dokument pochodził z 21 grudnia 2020 r., tj. z okresu w którym Wodociągom nie powierzono jeszcze zadań w obszarze gospodarki odpadowej - co dodatkowo przemawiało za nieprzydatnością ww. opracowania dla rozpoznania odwołania.

Mając powyższe na uwadze Izba oddaliła zarzuty naruszenia: art. 214 ust. 1 pkt 11 lit. b) Pzp, art. 214 ust. 6 Pzp i art. 214 ust. 7 Pzp.

W związku z powyższym Izba uznała, że odwołanie podlegało oddaleniu i na podstawie art. 553 zdanie pierwsze Pzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 557 i 575 Pzp oraz § 5 pkt 1 i 2 lit. b) w zw. z § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. 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), zaliczając na poczet postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania oraz zasądzając od odwołującego na rzecz zamawiającego uzasadnione koszty strony obejmujące wynagrodzenie pełnomocnika (na podstawie złożonego na rozprawie rachunku).

Przewodniczący: