Sygn. akt: KIO 181/22

WYROK

z dnia 7 lutego 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marzena Teresa Ordysińska
Katarzyna Odrzywolska
Anna Osiecka

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 lutego 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 stycznia 2022 r. przez wykonawcę Koma Ełk spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Ełku w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Ełk

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania odwoławczego obciąża wykonawcę Koma Ełk spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Ełku i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr. (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Koma Ełk spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Ełku tytułem wpisu od odwołania

2.2. zasądza od wykonawcy Koma Ełk spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Ełku na rzecz Gminy Ełk kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 580 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. 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 181/22

I. Gmina Ełk (dalej: Zamawiający), prowadzi na podstawie przepisów ustawy z dnia

11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest odbiór i transport odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych położonych na terenie Gminy Ełk (KZP.271.3.1.2022).

W dniu 24 stycznia 2022 r. w tymże postępowaniu, przez wykonawcę KOMA Ełk spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Ełku (dalej: Odwołujący) zostało wniesione odwołanie.

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 214 ust. 1 pkt 11 w związku z art. 216 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz ust. 4 pkt 2 Załącznika nr 2 do Rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie ogłoszeń zamieszczanych w Biuletynie Zamówień Publicznych (Dz. U. poz. 2439) poprzez niewyczerpujące uzasadnienie prawne i faktyczne wyboru trybu udzielenia zamówienia publicznego w ogłoszeniu o zamiarze zawarcia umowy,

2) art. 214 ust. 1 pkt 11 lit a) ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zamierzenie udzielenia zamówienia spółce Zakład Usług Gminnych Gmina Ełk Spółka z o. o., w której Zamawiający nie posiada dominującego wpływu na cele strategiczne oraz istotne decyzje dotyczące zarządzania sprawami tej osoby prawnej,

3) art. 214 ust. 1 pkt 11 lit b) ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zamierzenie udzielenia zamówienia spółce Zakład Usług Gminnych Gmina Ełk Spółka z o. o., w której mniej niż 90% średniego rocznego przychodu z działalności za ostatnie 3 lata poprzedzające udzielenie zamówienia pochodzi z zadań powierzonych przez Zamawiającego.

W konsekwencji tak podniesionych zarzutów, Odwołujący wnosił o nakazanie Zamawiającemu unieważnienie postępowania na podstawie art. 255 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych, ponieważ jego zdaniem postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, polegającą na wszczęciu postępowania w trybie z wolnej ręki (niekonkurencyjnym).

Odwołujący uzasadniał zarzuty odwołania w następujący sposób:

W pierwszym punkcie uzasadnienia odwołania, zatytułowanym ,,Stan faktyczny" (strona 2 odwołania) Odwołujący przytacza ogłoszenie z dnia 17 stycznia 2022 r. o zamiarze zawarcia umowy z Zakładem Usług Gminnych Gmina Ełk sp. z o.o. Odwołujący wyjaśnia, że postępowanie, w którym wniósł odwołanie, jest drugim w tym samym przedmiocie (Odbiór i transport odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych położonych na terenie Gminy Ełk). Pierwsze zostało zapoczątkowane ogłoszeniem nr 2021/BZP 00310224 z dnia 10 grudnia 2021 r., a po odwołaniu złożonym przez KOMA Ełk Sp. z o.o. Krajowa Izba Odwoławcza w sprawie o sygn. akt KIO 3666/21 wyrokiem z dnia 14 stycznia 2022 r. nakazała to postępowanie unieważnić.

Następnie w punkcie drugim uzasadnienia, zatytułowanym ,,Uzasadnienie zarzutów" (strona 3 odwołania), Odwołujący przytacza treść przepisów, na które się powołał, stawiając zarzuty odwołania. Dalej (na stronie czwartej odwołania) Odwołujący przywołuje ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy opublikowane w dniu 10 grudnia 2021 r.: „Zamawiający w pkt 4.2. Ogłoszenia nr 2021/BZP 00310224 z dnia 2021-12-10 przystępując do uzasadnienia faktycznego i prawnego wybranego trybu (z określonych w art. 214 ust. 1 pkt 11 PZP przywołał wszystkie przesłanki pozwalające na udzielenie zamówienia in house, bez szerszego ich uzasadnienia ani też wykazania. W szczególności twierdzenie o tym, jakoby 90% działalności ZUG Gmina Ełk sp. z o.o. dotyczy zadań powierzonych przez Gminę Ełk, jest niczym nie poparte, zamawiający nawet nie próbuje odwołać się do jakikolwiek wyliczeń i ustaleń, nie podaje także za jaki okres owe „90% działalności" pochodzi. Dodatkowo odwołujący zarzuca także, że ustawa precyzuje w art. 214 ust. 5 PZP, że 5. do obliczania procentu działalności, uwzględnia się średni przychód osiągnięty przez osobę prawną lub zamawiającego w odniesieniu do usług, dostaw lub robót budowlanych za 3 lata poprzedzające udzielenie zamówienia. W kontekście brzmienia w/w przepisu zapewnienie, że 90% działalności spółki pochodzi z zadań powierzonych przez zmawiającego nie potwierdza spełnienia w/w przesłanki. Z tego wynika, że Gmina Ełk nie sprostała określonemu wyżej obowiązkowi ogłoszeniowemu co czyni wadliwym całe postępowanie.

Odwołujący podnosi także, że pomimo niedochowania przez zamawiającego przywołanego powyżej obowiązku ogłoszeniowego, spółka której zamierza powierzyć realizację zamówienia nie spełnia przesłanek, określonych w art. 214 ust. 1 pkt 11 lit a i b PZP. W szczególności spółka posiada średnioroczny przychód z działalności zleconej przez gminę na poziomie niższym niż 90%. Pomimo braku jakiekolwiek uzasadnienia gminy przy

wyborze trybu udzielenia zamówienia, Odwołujący dostrzegł w sprawozdaniu z działalności za lata 2018-2020 spółki informację, że:
1) w części II sytuacja majątkowa i finansowa w pkt 4 Struktura zleceń, znajduje się jednakowo brzmiąca informacja, że: „Pozyskiwanie zleceń odbywało się w podziale na trzy grupy docelowe:

- usługi na rzecz budżetu gminy

- usługi na rzecz innych podmiotów gospodarczych

- usługi na rzecz odbiorców indywidualnych

Największą strukturę % zleceń stanowią odbiorcy indywidualni, następnie budżet gminy oraz inne podmioty gospodarcze.

2) w części II sytuacja majątkowa i finansowa w pkt 2 Wykonanie sprzedaży i kosztów

a) za 2020 znajdują się usługi nazwane „Prostki woda"; „usł.pozos.zlecone WOD-KAN" oraz „dzierżenie sieci" na łączną wartość przychodu ponad 1 mln zł, co w porównaniu z ogólnym przychodem za 2020 (7.5 mln) stanowi ponad 13%,

b) za 2019 r. znajdują się usługi nazwane „Prostki woda" „usługi pozostałe zlecone" z których przychód stanowi ponad 800 tys., co w porównaniu z przychodem ogólnym za 2019 r. (6.3 mln) stanowi ponad 9,7% c) za 2018 znajdują się usługi nazwane „PUK Prostki"; „usługi pozostałe zlecone" z których przychód stanowi ponad 880 tys., co w porównaniu z przychodem ogólnym za 2018 (5.7 mln) stanowi ponad 15% a to wskazuje (wnioskując z samego opisu rodzaju usługi), że nie został dochowany średni z ostatnich 3 lat % wskaźnik przychodu z zamówień zleconych przez zamawiającego (na poziomie 90%) pozwalający na udzielenie zamówienia z art. 214 ust. 1 pkt 11 PZP." Jako dowód Odwołujący przywołał sprawozdanie z działalności Zakładu Usług Gminnych Gmina Ełk Sp. z o.o. za lata 2018, 2019, 2020 wygenerowane z przeglądarki dokumentów finansowych dostępnej pod adresem
.

Dalej Odwołujący podał, że pismem z dnia 24 stycznia 2022 r. ,,wystąpił do Zamawiającego o przestawienie m.in. dokumentów na podstawie których Zamawiający na podstawie, których Zamawiający doszedł do przekonania, że cyt. „Ponad 90% działalności ZUG Gmina Ełk sp. z o.o. dotyczy zadań powierzonych przez Gminę Ełk" (treść z ogłoszenia nr 2022/BZP 00022576 z dnia 2022-01-17)". Odwołujący wniósł także o przekazanie informacji, jaki okres (ze wskazaniem początkowej daty dziennej i końcowej daty dziennej) Zamawiający przyjął dla oceny, że „Ponad 90% działalności ZUG Gmina Ełk sp. z o.o. dotyczy zadań powierzonych przez Gminę Ełk".

Innej argumentacji, w odniesieniu do niewycofanych zarzutów, Odwołujący w uzasadnieniu odwołania nie zawarł.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie i na rozprawie wnosił o oddalenie odwołania. Do odpowiedzi na odwołanie załączył m.in. dokumenty, pochodzące od Zakładu Usług Gminnych Gmina Ełk sp. z o.o.: pierwszy, z nagłówkiem „Średni przychód osiągnięty przez Zakładu Usług Gminnych Gmina Ełk sp. z o.o. w odniesieniu do usług, dostaw lub robót budowlanych za lata 2019-2021 o którym mowa w art. 214 ust. 5 ustawy z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych" oraz drugi, z nagłówkiem ,,Symulacja średniego przychodu osiągniętego przez Zakład Usług Gminnych Gmina Ełk sp. z o.o. za lata 2019-2021 o którym mowa w art. 214 ust. 5 ustawy z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (PZP) z wyłączeniem przychodu z zadania przejętego na podstawie umowy cesji od Gminy Ełk polegającego na tranzycie wody dla PUK Prostki - wodociągiem Gminy Ełk z procentu działalności, o którym mowa w art. 214 ust. 1 pkt 11 lit. b PZP o uwzględnieniem go jako przychodu z zadań z działalności pozostałej". Oba dokumenty opatrzone są pieczątką Zakładu Usług Gminnych Gmina Ełk sp. z o.o. i podpisane przez trzy osoby: prezesa zarządu spółki, specjalistę ds. rozliczeń, opłat i windykacji oraz główną księgową.

Do postępowania odwoławczego nikt nie zgłosił przystąpienia.

Przed Izbą Odwołujący oświadczył (zgodnie z protokołem postępowania), że nie podtrzymuje zarzutu oznaczonego nr 2 na stronie drugiej odwołania, tj. zarzutu naruszenia art. 214 ust. 1 pkt 11 lit a) ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zamiar udzielenia zamówienia spółce Zakład Usług Gminnych Gmina Ełk Spółka z o. o., w której nie posiada dominującego wpływu na cele strategiczne oraz istotne decyzje dotyczące zarządzania sprawami tej osoby prawnej. Pozostałe zarzuty Odwołujący podtrzymał.

II. Ustaleń okoliczności, stanowiących podstawę rozstrzygnięcia, Izba dokonała na podstawie dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia, przekazanej przez Zamawiającego, w tym w szczególności ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy z dnia 17 stycznia 2022 r. oraz stanowisk stron, zawartych w odwołaniu i odpowiedzi na odwołanie, a także stanowisk odzwierciedlonych w protokole posiedzenia i rozprawy.

Izba również z urzędu jako dowód w sprawie dopuściła akta postępowania sygn. akt KIO 3666/21.

Wobec wycofania na posiedzeniu jednego z trzech zarzutów (dotyczącego braku dominującego wpływu na cele strategiczne i istotne decyzje podmiotu, któremu Zamawiający zamierza udzielić zamówienia), do rozpoznania pozostały dwa zarzuty: zarzut dotyczący zamiaru udzielenia zamówienia przez Zamawiającego spółce Zakład Usług Gminnych Gmina Ełk Spółka z o. o., w której mniej niż 90% średniego rocznego przychodu z działalności za ostatnie 3 lata poprzedzające udzielenie zamówienia pochodzi z zadań powierzonych przez Zamawiającego oraz zarzut braku wyczerpującego uzasadnienia prawnego i faktycznego wyboru trybu udzielenia zamówienia publicznego w ogłoszeniu o zamiarze zawarcia umowy.

Izba rozpatrywała odwołanie jedynie w jego granicach. Zgodnie z art. 555 ustawy Prawo zamówień publicznych, Izba może orzekać wyłącznie co do zarzutów zawartych w odwołaniu. Zarzut odwołania stanowi wskazanie czynności lub zaniechanej czynności zamawiającego oraz okoliczności faktycznych i prawnych, uzasadniających jego wniesienie.

I tak, odnosząc się do zarzutów odwołania, Izba stwierdziła, co następuje:

Zarzut naruszenia art. 214 ust. 1 pkt 11 lit b) ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zamiar udzielenia zamówienia spółce Zakład Usług Gminnych Gmina Ełk Spółka z o. o., w której mniej niż 90% średniego rocznego przychodu z działalności za ostatnie trzy lata poprzedzające udzielenie zamówienia pochodzi z zadań powierzonych przez zamawiającego Odwołujący uzasadniał, analizując przychody za lata 2018-2020 Zakładu Usług Gminnych Gmina Ełk Sp. z o.o., jako dowód przywołując sprawozdanie z działalności spółki za lata 2018, 2019, 2020.

Tymczasem trzeba zauważyć, że ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy, kwestionowane w rozpatrywanym odwołaniu, zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 17 stycznia 2022 r.

Zgodnie z art. 214 ust. 1 pkt 11 lit b) ustawy Prawo zamówień publicznych

zamawiający może udzielić zamówienia w trybie z wolnej ręki, osobie prawnej, jeżeli spełnione są łącznie następujące warunki: 1) zamawiający sprawuje nad tą osobą prawną kontrolę, odpowiadającą kontroli sprawowanej nad własnymi jednostkami, polegającą na dominującym wpływie na cele strategiczne oraz istotne decyzje dotyczące zarządzania sprawami tej osoby prawnej; warunek ten jest również spełniony, gdy kontrolę taką sprawuje inna osoba prawna kontrolowana przez zamawiającego w taki sam sposób, 2) 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, 3) w kontrolowanej osobie prawnej nie ma bezpośredniego udziału kapitału prywatnego.

Przy czym, zgodnie z art. 214 ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych, do obliczania procentu działalności, o którym mowa w pkt 2 powyżej, uwzględnia się średni przychód osiągnięty przez osobę prawną lub zamawiającego w odniesieniu do usług, dostaw lub robót budowlanych za trzy lata poprzedzające udzielenie zamówienia.

Skoro ogłoszenie o zamiarze zamówienia zostało opublikowane w styczniu 2022 r., to trzy lata poprzedzające udzielenie zamówienia to lata 2019-2021 r. Odwołujący w żaden sposób nie opierał swojej argumentacji na analizie przychodów za lata 2019-2021. Uzasadnienie faktyczne zarzutu braku przychodów na odpowiednim poziomie ogranicza się do lat 2018-2022. Izba dostrzegła, ze przedstawiona w rozpatrywanym odwołaniu argumentacja w tym zakresie jest wiernym odzwierciedleniem argumentacji odwołania rozpatrywanego w postępowaniu sygn. akt KIO 3666/22. Zarzuty odwołania sygn. akt KIO 3666/22 odnosiły się do ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy z dnia 10 grudnia 2021 r., i wówczas argumentacja skorelowana z przedziałem czasowym 2018-2020 była adekwatna do daty ogłoszenia. Ogłoszenie z dnia 17 stycznia 2022 r. jest nową czynnością Zamawiającego, na którą przysługuje odwołanie, a uzasadnienie faktyczne odwołania rozpatrywanego w niniejszym postępowaniu odwoławczym powinno korespondować z datą

nowego ogłoszenia. Trudno stwierdzić, czy powoływanie się na lata 2018-2020 w odwołaniu jest omyłką pisarską, wynikającą z kopiowania treści poprzedniego odwołania, czy Odwołujący faktycznie twierdzi, że Zamawiający, ogłaszając w styczniu 2022 r. o zamiarze zawarcia umowy, powinien brać pod uwagę średni przychód z lat 2018-2020.

Odwołujący na rozprawie, w odniesieniu do przedstawionych przez Zamawiającego dokumentów finansowych, wskazywał, że „Zamawiający przyjął niepoprawny okres do wyliczenia przychodu, ponieważ powinien on obejmować lata 2018-2020, tymczasem zestawienie obejmuje lata 2019-2021". Nawet jeżeli jest to omyłka słowna (ale Odwołujący nie wnioskował o sprostowanie protokołu), to Odwołujący nie podjął w ocenie Izby żadnej próby przynajmniej uprawdopodobnienia, że Zamawiający nie był uprawniony do oświadczenia o średnim przychodzie spółki za lata 2019-2021 na wskazanym w ogłoszeniu poziomie. Odwołujący jedynie powtarzał argumentację, odnoszącą się do lat 2018-2020, zawartą w odwołaniu rozstrzygniętym wyrokiem sygn. akt KIO 3666/22, kwestionującą możliwość zaliczenia do wymaganego przepisami przychodu z tranzytu PUK Pustki wodociągiem Gminy Ełk. W konsekwencji Izba nie dostrzegła żadnych podstaw, które mogłyby wskazywać na to, że zarzut podnoszony w odwołaniu jest uzasadniony.

W ocenie Izby, bez znaczenia dla rozpoznawania sprawy jest przywołane w odwołaniu pismo Odwołującego z dnia 24 stycznia 2022 r., w którym zwrócił się do Zamawiającego z pytaniem, jaki okres (ze wskazaniem początkowej daty dziennej i końcowej daty dziennej) Zamawiający przyjął dla oceny, że „Ponad 90% działalności ZUG Gmina Ełk sp. z o.o. dotyczy zadań powierzonych przez Gminę Ełk". Pomijając nawet fakt, że pismo to zostało skierowane do Zamawiającego w dniu, w którym wniesiono odwołanie, to okres, za który przychody należy brać pod uwagę, wynika wprost z przepisów prawa - z art. 214 ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych, i Odwołujący nie miał, w ocenie składu orzekającego, żadnych powodów, aby przypuszczać, że Zamawiający wziął pod uwagę jakikolwiek inny okres, niż wyznaczony przez przywołany wyżej przepis.

Zamawiający do odpowiedzi na odwołanie załączył dwa dokumenty, pochodzące od Zakładu Usług Gminnych Gmina Ełk sp. z o.o.: pierwszy, z nagłówkiem „Średni przychód osiągnięty przez Zakładu Usług Gminnych Gmina Ełk sp. z o.o. w odniesieniu do usług, dostaw lub robót budowlanych za lata 2019-2021 o którym mowa w art. 214 ust. 5 ustawy z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych" oraz drugi, z nagłówkiem ,,Symulacja średniego przychodu osiągniętego przez Zakład Usług Gminnych Gmina Ełk sp. z o.o. za lata 2019-2021 o którym mowa w art. 214 ust. 5 ustawy z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (PZP) z wyłączeniem przychodu z zadania przejętego na podstawie umowy cesji od Gminy Ełk polegającego na tranzycie wody dla PUK Prostki - wodociągiem Gminy Ełk z procentu działalności, o którym mowa w art. 214 ust. 1 pkt 11 lit. b PZP o uwzględnieniem go jako przychodu z zadań z działalności pozostałej". Oba dokumenty opatrzone są pieczątką Zakładu Usług Gminnych Gmina Ełk sp z o.o. i podpisane przez prezesa zarządu spółki, specjalistę ds. rozliczeń, opłat i windykacji oraz główną księgową. Z obu dokumentów wynika, że Zakład Usług Gminnych Gmina Ełk sp. z o.o. w latach 2019-2021 osiągnął średni przychód z odpowiednich źródeł powyżej 90%.

Odwołujący na rozprawie kwestionował formę tych dokumentów, twierdząc, że jest to ,,dokument prywatny, nie wiadomo ostatecznie, jakie przychody zsumowane w tabeli się wlicza i jakie osiąga, a wymienione pozycje nie są oparte o żadne dokumenty i możliwe, że podano je w sposób dowolny. Według Odwołującego Zamawiający polega na dokumencie podmiotu zewnętrznego, który nie został poddany żadnej weryfikacji". Odwołujący przywołał opinię UZP dotyczącą współpracy publicznopublicznej i wskazywał, że Zamawiający przyjął niepoprawny okres do wyliczenia przychodu, ponieważ powinien on obejmować lata 2018-2020, tymczasem zestawienie obejmuje lata 2019-2021. Zauważał, że zestawienie z dokumentu drugiego z odpowiedzi na odwołanie jest jedynie symulacją, z czego można wnosić, że sprawozdanie za 2021 nie istnieje.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej, nie ma żadnych podstaw, aby kwestionować dokumenty przedstawione przez Zamawiającego. Oczywiste jest, że pochodzą od spółki, z którą Zamawiający zamierza zawrzeć umowę - kto inny, jak nie główna księgowa tejże spółki, miałaby odpowiednią wiedzę, aby je sporządzić. Nie ma też podstaw, aby kwestionować rzetelność tych dokumentów i prawdziwość danych tam zawartych.

W ocenie składu orzekającego, brak jakichkolwiek przesłanek do odmówienia wiarygodności zawartemu w ogłoszeniu oświadczeniu Zamawiającego o działalności spółki, której zamierza udzielić zamówienia za lata 2019-2021 (zgodnie z pkt 4.2) 2) ogłoszenia ,,ponad 90% działalności ZUG Gmina Ełk sp. z o.o. dotyczy zadań powierzonych przez Gminę Ełk"). Nawet jeżeli hipotetycznie poziom przychodów za lata 2018-2020 nie uprawniał Zamawiającego do udzielenia zamówienia z wolnej ręki (w niniejszym postępowaniu odwoławczym okoliczność ta nie miała znaczenia), to nie może to przesądzać, że przychód z

roku 2021 nie będzie miał wpływu na osiągnięcie 90% średniego przychodu, wymaganego przez art. 214 ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. za lata 2019-2021. Ponadto, trudno w styczniu oczekiwać od spółki sprawozdania finansowego, nawet niezatwierdzonego. Zgodnie z art. 53 ust. 1 ustawy o rachunkowości (tj. z dnia 17 grudnia 2020 r., Dz.U. z 2021 r., poz. 217), roczne sprawozdanie finansowe jednostki podlega zatwierdzeniu przez organ zatwierdzający nie później, niż 6 miesięcy od dnia bilansowego. Skoro spółka ma pół roku na sporządzenie sprawozdania, trudno się spodziewać, że będzie możliwe sporządzenie rzetelnego, zgodnego z przepisami sprawozdania finansowego, nawet niezatwierdzonego, już na początku stycznia. W ocenie Izby, w tych okolicznościach Zamawiającemu nie można stawiać zarzutu, że posługiwał się innymi dokumentami finansowymi, podpisanymi przez główną księgową, pochodzącymi od spółki, której zamierza udzielić zamówienia. Nie można również argumentować, że wadą jest to, iż są to dokumenty pochodzące od spółki, a nie od Zamawiającego. To właśnie spółka, a nie inny podmiot, ma odpowiednią wiedzę i dane, żeby swoje dokumenty finansowe opracować.

Odnośnie drugiego pisma przedstawionego przez Zamawiającego, co do którego Odwołujący zarzucał także, że jest jedynie „symulacją", a więc nie oddaje stanu rzeczywistego, Izba zauważyła, że Zamawiający, załączając ten dokument do odpowiedzi na odwołanie, oprócz własnych wyliczeń spółki, zawartych w pierwszym piśmie, przedstawił wyliczenia spółki, będące symulacją średniego przychodu przy uwzględnieniu argumentacji Odwołującego z odwołania o konieczności pominięcia w wyliczeniach przychodu z zadania przejętego na podstawie umowy cesji od Gminy Ełk (pozycja z tabeli w dokumencie drugim opisana jako „transport PUK Pustki - wodociągiem Gminy Ełk"). Wyliczenia te pokazują, że gdyby nawet zaakceptować sugestie Odwołującego, zawarte w odpowiedzi na odwołanie, to i tak z wyliczeń uwzględniających te sugestie wynika, że spółka osiągnęła odpowiedni wymagany średni przychód, i wyłącznie w tym znaczeniu są „symulacją".

Ogólnie rzecz biorąc, Odwołujący kwestionował głownie stronę techniczną przedstawianych przez Zamawiającego dokumentów (pochodzenie od spółki, a nie od Zamawiającego, nazwanie wyliczeń symulacją itd.), i przez do podważał ich wartość, a nie kwestionował zawartości merytorycznej, z której wynikał średni przychód. Wobec tego, że w uzasadnieniu odwołania Odwołujący odnosił się do okresu 2018-2020, a więc nieadekwatnego do daty ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy, a argumentacja na rozprawie była w ocenie Izby chybiona, Izba oddaliła zarzut naruszenia art. 214 ust. 1 pkt 11 lit b) ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odnośnie zarzutu naruszenia art. 214 ust. 1 pkt 11 ustawy Prawo zamówień publicznych w związku z art. 216 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz ust. 4 pkt 2 Załącznika nr 2 do Rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie ogłoszeń zamieszczanych w Biuletynie Zamówień Publicznych (Dz. U. poz. 2439) poprzez niewyczerpujące uzasadnienie prawne i faktyczne wyboru trybu udzielenia zamówienia publicznego w Ogłoszeniu o zamiarze zawarcia umowy, Izba ustaliła, co następuje.

Zgodnie z ust. 4 pkt 2 Załącznika nr 2 do Rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie ogłoszeń zamieszczanych w Biuletynie Zamówień Publicznych (Dz. U. poz. 2439), Zamawiający w ogłoszeniu o zamiarze zawarcia umowy powinien podać uzasadnienie faktyczne i prawne wyboru zamówienia z wolnej ręki. W przepisach jednak nie został określony poziom szczegółowości tego uzasadnienia.

W uzasadnieniu wyroku sygn. akt KIO 3621/21, Izba przeanalizowała zmiany przepisów odnośnie treści ogłoszeń i stwierdziła, że w obecnym stanie prawnym ,,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 skrępowani limitem znaków w formularzu ogłoszenia. Mając na względzie powyższe, limitację znaków w formularzu, należy uznać za zabieg zamierzony." Pogląd ten Izba w niniejszym składzie w pełni podziela.

W okolicznościach niniejszego postępowania należy zauważyć, że jakiekolwiek bardziej szczegółowe informacje podałby Zamawiający w ogłoszeniu, to i tak Odwołujący nie uznałby, że są one wystarczające. Odwołujący zresztą ani w odwołaniu, ani na rozprawie nie precyzował, o jakie informacje Zamawiający powinien rozszerzyć ogłoszenie. W postępowaniu odwoławczym Odwołujący miał możliwość zapoznania się z dokumentami finansowymi sporządzonymi przez główną księgową spółki, której Zamawiający zmierza

udzielić zamówienia. Odwołujący kwestionował te dokumenty, wskazując, że nie wiadomo, na jakich danych są oparte.

Tymczasem z przepisów nie wynika obowiązek ,,załączania" do ogłoszenia informacji źródłowych. W uzasadnieniu wyroku sygn. akt KIO 3621/22 Izba dostrzegła, że trudno od Zamawiającego skutecznie wymagać przedstawienia w ogłoszeniu danych źródłowych: ,,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.". Izba w niniejszym składzie pogląd ten w pełni podziela.

Ze względu na treść uzasadnienia odwołania i stanowiska prezentowanego przez Odwołującego na rozprawie, nie da się odpowiedzieć na pytanie, jakie informacje byłyby dla Odwołującego ostatecznie zadawalające. Wydaje się, że Odwołujący będzie kwestionował każdą informację, pochodzącą od Zamawiającego twierdząc, że nie jest wystarczająca. Takie przypuszczenie potwierdza to, że na rozprawie Odwołujący polemizował z treścią zmienionego ogłoszenia z dnia 31 stycznia 2022 r. (argumentacji w odniesieniu do tej zmiany Izba nie brała pod uwagę w obecnym postępowaniu odwoławczym, ponieważ ogłoszenie o zmianie zostało opublikowane już po wniesieniu rozpatrywanego odwołania, a więc nie było objęte zarzutami odwołania), zauważając, że Zamawiający odesłał w nim za pomocą hiperłącza do odpowiedzi na odwołanie, a zdaniem Odwołującego (zgodnie z protokołem rozprawy), odwołanie do ,,pisma procesowego" nie może zmieniać treści ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy. Zatem pokazuje to, że Odwołujący przypisuje zbyt wielką wagę do strony technicznej informacji podawanych przez Zamawiającego, tymczasem w ocenie składu orzekającego znaczenie ma treść tychże informacji.

Zasadniczo, jak już wyżej zauważono, z przepisów nie wynika zakres, w jakim stopniu Zamawiający powinien opisać w samym ogłoszeniu przesłanki uprawniające do udzielenia zamówienia z wolnej ręki i jak szczegółowe dokumenty powinien przywołać. W ocenie składu orzekającego ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy ma wyłącznie charakter informacyjny. Trzeba powtórzyć, że Odwołujący ogólnie rzecz biorąc kwestionuje sposób podania przez Zamawiającego informacji, a nie ich istotną treść. Mianowicie kwestionuje szczegółowość uzasadnienia prawnego i faktycznego ogłoszenia, pochodzenie dokumentów finansowych (fakt, że zostały sporządzone przez spółkę, a nie Zamawiającego), a w końcu okoliczność, że w ogłoszeniu zmienionym Zamawiający przez dodanie linku odesłał do odpowiedzi na odwołanie. Co do strony merytorycznej - Odwołujący nie wskazał, ani w odwołaniu, ani na rozprawie, jakich konkretnie informacji oczekiwałby w ogłoszeniu.

Podsumowując, wobec okoliczności, że ogłoszenie ma charakter informacyjny oraz wobec argumentacji Odwołującego (Odwołujący w niniejszym postępowaniu kwestionuje zasadniczo stronę techniczną podawanych przez Zamawiający informacji, a nie ich treść), Izba oddaliła zarzut naruszenia art. 214 ust. 1 pkt 11 ustawy Prawo zamówień publicznych w związku z art. 216 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz ust. 4 pkt 2 Załącznika nr 2 do Rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie ogłoszeń zamieszczanych w Biuletynie Zamówień Publicznych (Dz. U. poz. 2439).

Ze względu na stwierdzenie, że oba rozpatrywane zarzuty są nieuzasadnione, Izba oddaliła odwołanie.

Odwołujący w odwołaniu, w konsekwencji zarzutów odwołania, wnosił o unieważnienie postępowania. Wobec uznania zarzutów odwołania za nieuzasadnione, oczywiste jest, że nie można było uwzględnić żądań odwołania. W odniesieniu jednak do tak sformułowanego żądania, trzeba zauważyć, że unieważnienie postępowania mogłoby ewentualnie nastąpić w sytuacji, gdyby ustalono z całą pewnością, że Zamawiający nie spełnia przesłanek udzielenia zamówienia z wolnej ręki, o których mowa w art. 214 ust. 1 pkt 11 ustawy Prawo zamówień publicznych. Gdyby uznać, że Zamawiający jedynie naruszył art. 216 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych przez zbyt wąskie uzasadnienie faktyczne i prawne (zarzut w tym zakresie w niniejszym postępowaniu został oddalony), to nie byłoby, w ocenie składu orzekającego, podstaw do unieważnienia postępowania, a ewentualnie do nakazania Zamawiającemu dokonania zmiany ogłoszenia. Jednak żądań w tym zakresie Odwołujący nie stawiał - jest to znamienne w kontekście argumentacji odwołania: nie da się ustalić na podstawie stanowiska Odwołującego, o jakie konkretnie dane, zgodnie z oczekiwaniami Odwołującego, Zamawiający miałby rozszerzyć ogłoszenie. Izba nie mogłaby nakazać Zamawiającemu zmiany ogłoszenia bez wskazywania zakresu takiej zmiany.

W konsekwencji odpowiedzialność za wynik postępowania ponosi Odwołujący. Na

koszty postępowania składał się wpis od odwołania uiszczony przez Odwołującego w kwocie 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) oraz koszt wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego w kwocie 3 600 zł 00 gr (słownie trzy tysiące sześćset złotych zero groszy).

Wobec powyższego, o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono, jak w sentencji.

Przewodniczący: .....