

WYROK

z 22 marca 2022 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ernest Klauziński
Maksym Smorczewski
Monika Szymanowska

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie 18 marca 2022 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 7 marca 2022 r. przez wykonawcę MPO Sp. z o. o. z siedzibą w Białymstoku w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Gminę Rajgród z siedzibą w Rajgrodzie

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie postępowania.
2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego: Gminę Rajgród z siedzibą w

Rajgrodzie i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy), uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania,

2.2 zasądza od zamawiającego na rzecz odwołującego MPO Sp. z o. o. z siedzibą w Białymstoku kwotę 11 100 zł 00 gr (słownie: jedenaście tysięcy sto złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez odwołującego z tytułu wpisu od odwołania oraz kosztów wynagrodzenia pełnomocnika,

2.3 nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołującego: MPO Sp. z o. o. z siedzibą w Białymstoku kwoty 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy), stanowiącej nadwyżkę wobec kwoty wpisu wymaganego dla zamówień o wartości nie przekraczającej progów unijnych.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz.U.2021 r., poz. 1129 ze zmianami) 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 632/22

Gmina Rajgród z siedzibą w Rajgrodzie (dalej: Zamawiający) prowadzi na podstawie przepisów ustawy z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. 2021 poz. 1129, dalej: Pzp) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie z wolnej ręki pn.: „Odbiór i transport odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych z terenu Gminy Rajgród”, numer referencyjny: ZPl.271.3.2022.

Ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy zostało opublikowane 2 marca 2022 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem Ogłoszenie nr 2022/BZP 00073418/01.

7 marca 2022 r. wykonawca MPO Sp. z o. o. z siedzibą w Białymstoku (dalej: Odwołujący), wniósł odwołanie, w którym zaskarżył niezgodne z przepisami czynności i zaniechania Zamawiającego, zarzucając mu naruszenie następujących przepisów Pzp:

1. art. 214 ust. 1 pkt 13 lit. a Pzp w zw. z pkt 4 ppkt 2 załącznika nr 2 do rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z 23 grudnia 2020 r w sprawie ogłoszeń zamieszczanych w Biuletynie Zamówień Publicznych - co polegało na zaniechaniu spełnienia spoczywającego na Zamawiającym obowiązku informacyjnego (wykazania w treści ogłoszenia) odnośnie spełnienia przesłanki sprawowania nad daną osobą prawną przez zamawiającego wspólnie z innymi zamawiającymi, o których mowa w art. 4 i art. 5 ust. 1 pkt 1, kontroli, która odpowiadała kontroli sprawowanej przez nich nad własnymi jednostkami; Zamawiający ograniczył się jedynie do ogólnego wskazania, że sprawuje, wspólnie z innymi udziałowcami kontrolę, która odpowiadała kontroli w zakresie nie wykraczającym poza brzmienie art. 214 ust. 1 pkt 13 lit. a Pzp;
2. art. 214 ust. 1 pkt 13 lit. b Pzp w zw. z art. 214 ust. 5 Pzp w zw. z art. 214 ust. 6 Pzp w zw. z pkt 4 ppkt 2 załącznika nr 2 do rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z 23 grudnia 2020 r w sprawie ogłoszeń zamieszczanych w Biuletynie Zamówień Publicznych - co polegało na zaniechaniu wypełnienia obowiązku informacyjnego (wykazania w treści ogłoszenia) odnośnie spełnienia wymaganej dla udzielenia zamówienia z wolnej ręki na podstawie wskazanej przez Zamawiającego przesłanki, zgodnie z którą ponad 90% działalności kontrolowanej osoby prawnej dotyczy wykonywania zadań powierzonych jej przez zamawiających sprawujących nad nią kontrolę lub przez inne osoby prawne kontrolowane przez tych zamawiających, co powinno, w odniesieniu do zamówienia, którego dotyczy odwołanie być udokumentowane za pomocą wiarygodnych prognoz handlowych

(ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy nie zawierało wyczerpujących informacji w w/w zakresie).
3. art. 214 ust. 1 pkt 13 lit. a Pzp - co polegało na wszczęciu postępowania o zamówienie z wolnej ręki w drodze publikacji ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy w sytuacji, gdy przesłanki wymagane dla wszczęcia tego postępowania - i w rezultacie do zawarcia umowy - nie zaistniały w związku z tym, że Zamawiający, wspólnie z innymi wykonawcami nie sprawuje nad podmiotem, z którym chce zawrzeć umowę kontroli, która odpowiadała kontroli sprawowanej przez nich nad własnymi jednostkami;
4. Art. 214 ust. 1 pkt 13 lit. b Pzp w zw. z art. 214 ust. 5 Pzp w zw. z art. 214 ust. 6 Pzp - co polegało na wszczęciu postępowania o zamówienie z wolnej ręki w drodze publikacji ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy w sytuacji, gdy przesłanki wymagane dla prowadzenia tego postępowania i zawarcia w jego rezultacie umowy nie zaistniały w związku z tym, że w przypadku podmiotu, który ma realizować zamówienie (BiomTrans Sp. z o.o. z siedzibą w Dolistowie Starym, dalej: BiomTrans) nie został spełniony wymóg, zgodnie z którym ponad 90% działalności tego podmiotu dotyczy wykonywania zadań powierzonych jej przez zamawiających sprawujących nad nią kontrolę lub przez inne osoby prawne kontrolowane przez tych zamawiających.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia postępowania.

Odwołujący wniósł ponadto o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z:

1. Wydruku ogłoszenia z 2 marca 2022 r. - celem wykazania, że ogłoszenie nie zawierało elementów niezbędnych do wykazania:
 - a) sprawowania nad wykonawcą kontroli, która odpowiada kontroli sprawowanej przez Zamawiającego nad własnymi jednostkami;
 - b) że ponad 90% działalności kontrolowanej osoby prawnej dotyczy wykonywania zadań powierzonych jej przez zamawiających sprawujących nad nią kontrolę lub przez inne osoby prawne kontrolowane przez tych zamawiających;
2. Pism Odwołującego do Zamawiającego z 7 marca 2022 r. celem wykazania, że Odwołujący żądał dokumentów potwierdzających czy możliwe jest udzielenie zamówienia objętego ogłoszeniem z 16 grudnia 2021 r., przez Zamawiającego w trybie art. 214 ust. 1 pkt 13 Pzp; Odwołujący podkreślił przy tym, że do dnia złożenia odwołania nie uzyskał odpowiedzi na wskazane powyżej pisma;
3. Umowy spółki BiomTrans - celem wykazania zakresu kontroli sprawowanej przez Zamawiającego z innymi zamawiającymi nad wykonawcą BiomTrans - i tym samym - niespełnienia w przypadku Zamawiającego i spółki BiomTrans przesłanki sprawowania nad wykonawcą kontroli, która odpowiada kontroli sprawowanej przez Zamawiającego nad własnymi jednostkami;
4. Dokumentu „Kalkulacja Kosztów i Przychodów BiomTrans Sp. z o.o. w roku 2022”, datowanego na 30 listopada 2021 r. celem wykazania sposobu, w jaki Zamawiający określił zakres działalności wykonawcy BiomTrans w odniesieniu do wykonywania zadań powierzonych przez udziałowców (14 gmin) - i tym samym wykazania, że nie zostało wykazane za pomocą wiarygodnych prognoz handlowych, że ponad 90% działalności kontrolowanej osoby prawnej dotyczyć będzie wykonywania zadań powierzonych jej przez zamawiających sprawujących nad nią kontrolę lub przez inne osoby prawne kontrolowane przez tych zamawiających;
5. Z ostrożności Odwołujący wniósł ponadto o zobowiązanie Zamawiającego do złożenia do akt postępowania przed KIO zainicjowanego odwołaniem prognozy, o której mowa w art. 214 ust 6 Pzp oraz dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z tak uzyskanej dokumentacji celem wykazania że ponad 90% działalności kontrolowanej osoby prawnej dotyczy wykonywania zadań powierzonych jej przez zamawiających sprawujących nad nią kontrolę lub przez inne osoby prawne kontrolowane przez tych zamawiających.

W uzasadnieniu podniesionych zarzutów Odwołujący wskazał:

2 marca 2022 r. Zamawiający opublikował w Biuletynie Zamówień Publicznych ogłoszenie o zamiarze zawarcia z BiomTrans umowy (tryb z wolnej ręki) dotyczącej odbioru w 2022 r. odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, które znajdują się na terenie gminy Knyszyn.

Odwołujący podniósł, że w ogłoszeniu o zamiarze zawarcia umowy znajdowała się wyłącznie lakoniczna, niepoparta żadną argumentacją informacja, że powodem udzielenia zamówienia na podstawie art. 224 ust. 1 pkt 13 Pzp jest wypełnienie przesłanek określonych w tym przepisie. Ogłoszenie nie zawierało jednak jakichkolwiek treści służących uzasadnieniu spełnienia tych przesłanek.

Zdaniem Odwołującego nie było podstaw do przyjęcia, że spełnione zostały wymogi w zakresie uzasadnienia trybu zamówienia z wolnej ręki w odniesieniu do przesłanek wskazanych w art. 214 ust. 1 pkt 13 lit a) oraz b) Pzp.

Zamawiający nie zrealizował także obowiązków informacyjnych. Uzasadnienie zamówienia na podst. art. 214 ust. 1 pkt 13 lit a) jak i lit. b) było zdecydowanie niewystarczające.

W uzasadnieniu wyroku KIO 1842/19 (przywołanym i aprobowanym w wyroku KIO 731/21) stwierdzono:

„Uwzględniając dorobek orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości, w doktrynie wskazuje się, że dominujący wpływ na cele strategiczne powinien być rozumiany jako skupienie po stronie zamawiającego wykonującego kontrolę nad daną osobą prawną kompetencji w zakresie wyznaczania celów, do których realizacji została powołana dana osoba prawna, czy też modyfikacji tych celów. Dominujący wpływ na cele strategiczne to także możliwość wiążącego powierzenia danej osobie prawnej realizacji zadania publicznego, do którego realizacji obowiązany jest zamawiający i w celu realizacji którego powołał do życia daną osobę prawną. W tym kontekście wpływ na cele strategiczne nie powinien być rozumiany jako formalny brak autonomii woli po stronie kontrolowanej osoby prawnej, lecz jako możliwość oddziaływania przez działania faktyczne i prawne na realizację powierzonych zadań. Przejawem dominującego wpływu na cele strategiczne będzie konieczność uzgadniania (w ramach ładu korporacyjnego lub w związku z narzuconymi postanowieniami umownymi) kluczowych działań inwestycyjnych i rozwojowych. Z kolei wpływ na istotne decyzje dotyczące zarządzania sprawami osoby prawnej to konieczność uzgadniania (w tym także w postaci zgód korporacyjnych) czynności doniosłych (istotnych) z uwagi na skalę prowadzonej działalności oraz brak autonomicznych uprawnień organu zarządzającego danej osoby prawnej gwarantujących jej daleko posuniętą niezależność decyzyjną (...)”. Treść ogłoszenia z 2 marca 2022 r. nie uzasadniała stwierdzenia, że - w przypadku relacji spółki BiomTrans oraz 14 gmin - udziałowców, zaistniał jakikolwiek przejaw kontroli odpowiadającej podanym powyżej cechom. Z treści ogłoszenia nie wynikało nic, poza tym, że udziałowcami BiomTrans były wskazane gminy. Jednak z samego faktu przysługiwania udziałów takim podmiotom w ogóle nie wynikało, zaistnienie kontroli podobnej do kontroli sprawowanej do jednostek podległych. Z treści wyroku KIO z 22 czerwca 2021 r. wprost wynika, że przysługiwanie 100% udziałów podmiotom - zamawiającym nie stanowiło jeszcze o sprawowaniu kontroli, o której mowa w art. 214 ust. 1 pkt 13 lit. a Pzp

W ocenie Odwołującego Zamawiający nie sprawował nad BiomTrans kontroli, która odpowiada kontroli sprawowanej przez Zamawiającego nad własnymi jednostkami. Kontrola wykonywana w ramach praw korporacyjnych w oparciu o przepisy kodeksu spółek handlowych, nawet w przypadku posiadania całego kapitału mogłaby okazać się niewystarczająca. Skoro Zamawiający w treści ogłoszenia wbrew ciężącemu na nim obowiązкови nie wskazał w jaki sposób ww. kontrola była sprawowana nad wykonawcą, to uprawnienia zamawiającego będą sprowadzać się wyłącznie do prawa głosu z przysługujących mu udziałów.

Odwołujący złożył jako dowód załączony do odwołania kopię umowy spółki BiomTrans (umowa spółki z 8.10.2021 r., rep. A nr 3426/2021). Zgodnie z jej treścią (§ 24 pkt 3) do wyłącznej własności zgromadzenia wspólników należy zatwierdzanie kierunku rozwoju spółki i planów jej działalności gospodarczej. Było to jedyne postanowienie umowy spółki, które mogło być rozpatrywane w kontekście wymogu sprawowania kontroli przez zamawiających. Przy tym w żadnym razie nie gwarantowało ono wpływu na działalność wykonawcy, o którym mowa w art. 214 ust. 1 pkt 13 lit. a) tiret drugie Pzp. Tym samym nie było jakichkolwiek przesłanek, które by pozwalały uznać, że wymóg ustawowy w tym zakresie został spełniony.

Ponadto nie została wykazana przesłanka, o której mowa w art. 214 ust. 1 pkt 13 lit. b) Pzp, tzn., że ponad 90% działalności kontrolowanej osoby prawnej dotyczy wykonywania zadań powierzonych jej przez zamawiających sprawujących nad nią kontrolę lub przez inne osoby prawne kontrolowane przez tych zamawiających. Zgodnie z art. 213 ust. 5 Pzp do obliczania procentu działalności, o którym mowa w ust. 1 pkt 11 lit. b, pkt 12 lit. b, pkt 13 lit. b i pkt 14 lit. c, uwzględnia się średni przychód osiągnięty przez osobę prawną lub zamawiającego w odniesieniu do usług, dostaw lub robót budowlanych za 3 lata poprzedzające udzielenie zamówienia.

Z kolei art. 214 ust. 6 Pzp stanowi, że 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.

Stąd, że w przypadku spółki BiomTrans przesłanka z art. 214 ust. 1 pkt 13 lit. b) powinna być wykazana za pomocą wiarygodnych prognoz handlowych. W treści ogłoszenia zamawiający wprawdzie powołał się na taki dokument, jednak w sposób całkowicie ogólnikowy i nie wskazał na jakikolwiek szczegółowe ustalenia zawarte w tej prognozie. Nie przywołał też nazwy tego dokumentu, daty jego sporządzenia ani autora.

Odwołujący otrzymał jeszcze w 2021 r. od jednego z udziałowców BiomTrans, Gminy Grajewo, dokument zatytułowany „Kalkulacja kosztów i Przychodów BiomTrans Sp. z o.o. w roku 2022 r., datowany na 30 listopada 2021 r. Dokument ten został podpisany przez prezesa zarządu BiomTrans. Jeśli w intencji Zamawiającego to ten dokument miałby być wiarygodną prognozą handlową, to nie spełniał on wymogów Pzp, w szczególności w zakresie wiarygodności. Było to, nieoparte na jakichkolwiek przedstawionych tam założeniach wyjściowych, zestawienie prognoz różnych kosztów oraz przychodów spółki. Jednak nie było jakichkolwiek danych pozwalających na przyznanie temu zestawieniu cechy wiarygodności. Brak było uzasadnienia, dlaczego zostały przyjęte akurat takie, a nie inne wielkości wskazane w poszczególnych pozycjach tabeli. Ponadto zestawienie zostało sporządzone przez prezesa zarządu spółki, a w jego powstaniu nie brał udziału jakikolwiek wiarygodny podmiot zewnętrzny z zakresu rachunkowości czy też doradztwa gospodarczego.

Odwołujący podkreślił, że szereg gmin - udziałowców BiomTrans ogłaszało o zamiarze zawarcia umowy z BiomTrans w trybie zamówienia z wolnej ręki w grudniu 2021 r. Były to Gmina Bargłów Kościelny, Gmina Sztabin, Gmina Grajewo, Gmina Knyszyn. Odwołujący wniósł odwołania przeciwko zamiarowi udzielenia przez te gminy zamówienia w trybie z wolnej ręki i sformułował zarzuty odnośnie naruszenia przez zamawiających art. 214 ust. 1 pkt 13 lit. a i b Pzp.

Wskazane powyżej gminy uwzględniły odwołania w całości, a tym samym przyznały, że:

1. nie sprawowały nad BiomTrans kontroli, o której mowa w art. 214 ust. 1 pkt 13 lit. a) Pzp
2. nie została spełniona przesłanka, zgodnie z którą ponad 90% działalności kontrolowanej osoby prawnej dotyczy wykonywania zadań powierzonych jej przez zamawiających sprawujących nad nią kontrolę lub przez inne osoby prawne kontrolowane przez tych zamawiających.

Na dowód Odwołujący wskazał postanowienia o sygn. akt:

1. KIO 3713/21 umarzające postępowanie odwoławcze z odwołania przeciwko Gminie Bargłów Kościelny,
2. KIO 3714/21 umarzające postępowanie odwoławcze z odwołania przeciwko Gminie Sztabin,
3. KIO 3668/21 umarzające postępowanie odwoławcze z odwołania przeciwko Gminie Grajewo,
4. KIO 3702/21 umarzające postępowanie odwoławcze z odwołania przeciwko Gminie Knyszyn.

14 marca 2022 r. Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie i wniósł o jego oddalenie. Uzasadniając swoje stanowisko Zamawiający wskazał m. in.:

Ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy obejmowały wszystkie informacje wymagane przepisami rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z 23 grudnia 2020 r. w sprawie ogłoszeń zamieszczanych w Biuletynie Zamówień Publicznych.

Odwołujący wnosząc odwołanie i stawiając zarzuty, przyznał, że dysponował:

1. Umową Spółki BiomTrans Sp. z o.o.,
2. Kalkulacją Kosztów i Przychodów BiomTrans Sp. z o.o. na rok 2022 r.

Były to dokumenty kluczowe dla oceny stanu faktycznego i stanu prawnego.

W świetle powyższego stanu faktycznego, mając na uwadze treść przepisów Działu IX ustawy - „Środki ochrony prawnej” - zarzuty dotyczące braku w ogłoszeniu bardziej szczegółowego uzasadnienia uprawnienia Zamawiającego do zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki, na podstawie przesłanki wskazanej przepisem art. 214 ust. 1 pkt 13 Pzp stały się bezprzedmiotowe. Ponadto, przyznany przez Odwołującego zakres wiedzy, jaki posiadał dowodziły, że zarzuty miała charakter pro publico bono, jako że w żaden sposób nie naruszały interesu Odwołującego (art. 505 ust. 1 Pzp).

W ocenie Zamawiającego, pozostałe zarzuty odwołania również nie zasługiwały na uwzględnienie.

W zakresie przesłanki z art.214 ust.1 pkt 13 lit. a Pzp Zamawiający wyjaśnił:

14 Gmin województwa podlaskiego, każda działając na podstawie stosownej uchwały Rady Gminy, 28 października 2021 r. zawiązały spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością pod firmą BiomTrans Sp. z o.o. z siedzibą w Dolistowie Starym (Akt notarialny Repertorium A 3426/2021 - Umowa Spółki), powołaną w celu wykonywania zadań własnych gmin o charakterze użyteczności publicznej w zakresie odbierania i transportu odpadów komunalnych. Spółka uzyskała osobowość prawną 23 grudnia 2021 r., kiedy został dokonany wpis do Krajowego Rejestru Sądowego pod numerem 0000941787, przez Sąd Rejonowy w Białymstoku, XII Wydział Gospodarczy Krajowego Rejestru Sądowego.

Zgodnie z Umową Spółki:

1. kapitał zakładowy Spółki wynosi 420.000 złotych i dzieli się na 840 udziałów (§ 11 ust. 1);
2. każda z Gmin-Wspólników obejmuje 30 udziałów o wartości nominalnej 30.000 złotych (§ 12);

3. każdy udział daje prawo do jednego głosu w Zgromadzeniu Wspólników (§ 11 ust. 4). Powyższe oznaczało, że każda z 14 Gmin-Wspólników BiomTrans dysponowały taką samą liczbą głosów na Zgromadzeniu Wspólników, przy czym zasady głosowania (zwyczajna większość, większość kwalifikowana) zostały określone postanowieniami § 26 Umowy. A zgodnie z postanowieniami § 24 do wyłącznej kompetencji Zgromadzenia Wspólników należało, między innymi, zatwierdzanie kierunków rozwoju Spółki i planów działalności gospodarczej.

Rada Nadzorcza Spółki, zgodnie z postanowieniami § 30 składa się z 3 do 5 członków, powoływanych przez Zgromadzenie Wspólników. Natomiast członkowie Zarządu Spółki, zgodnie z postanowieniami § 34 Umowy, są powoływani i odwoływani przez Radę Nadzorczą.

Mając powyższe na uwadze, zdaniem Zamawiającego - Gmina Rajgród wspólnie z pozostałymi 13 Gminami, sprawuje nad BiomTrans prawną kontrolę, odpowiadającą kontroli sprawowanej przez nią nad własnymi jednostkami.

Istotą sporu był sposób właściwego rozumienia pojęcia sprawowania kontroli. Zamawiający powołał się w tym zakresie na orzecznictwo TSUE i wskazał m.in.:

1. w przypadku gdy jednostka stanowi własność wielu organów publicznych, „analogiczna kontrola” może być sprawowana łącznie przez te organy bez konieczności sprawowania jej indywidualnie przez każdy z nich;
2. jeśli organ publiczny zostanie mniejszościowym wspólnikiem spółki akcyjnej o kapitale wyłącznie publicznym w celu powierzenia tej spółce zarządzania usługą publiczną, kontrola, którą będące wspólnikami tej spółki organy publiczne sprawują nad nią, może zostać uznana za analogiczną do kontroli wykonywanej nad ich własnymi służbami, gdy sprawują ją łącznie;
3. w przypadku gdy w celu przekazania zarządzania świadczeniem usług publicznych organ publiczny zostaje członkiem spółdzielni międzygminnej, której wszyscy członkowie są organami publicznymi, aby kontrola nad spółdzielnią sprawowana przez organy będące jej członkami została uznana za analogiczną do kontroli sprawowanej nad własnymi służbami, może ona być sprawowana łącznie przez te organy, podejmujące decyzje, w danym przypadku, większością głosów.

Zamawiający wskazał ponadto, że według aktualnego stanu faktycznego i prawnego brak było jakichkolwiek podstaw do rozważań czy zawiązana przez 14 Gmin spółka BiomTrans nie działała w interesie sprzecznym z interesami zamawiających sprawujących nad nią kontrolę.

W zakresie przesłanki, by ponad 90% działalności kontrolowanej osoby prawnej dotyczyło wykonywania zadań powierzonych jej przez zamawiających sprawujących nad nią kontrolę lub przez inne osoby prawne kontrolowane przez tych zamawiających Zamawiający wskazał, że plan działalności Spółki w roku 2022 r. został sporządzony przez Zarząd Spółki w czasie, gdy miała ona status spółki w organizacji. W sytuacji, gdy plan działania na rok 2022 - pierwszy rok działania BiomTrans - obejmował wyłącznie świadczenie usług na rzecz 14 Gmin-Wspólników Spółki, a więc sytuacji, w której 100% działalności Spółki dotyczyć miało wykonania zadań powierzonych przez zamawiających sprawujących nad nią kontrolę, było to dostatecznie wiarygodne potwierdzenie zaistnienia wymogu określonego przepisem art. 214 ust.1 pkt 13 lit. b Pzp.

Spełniona została też przesłanka z art. 214 ust. 1 pkt 13 lit. c Pzp: „w kontrolowanej osobie prawnej nie ma bezpośredniego udziału kapitału prywatnego”. W zawiązanej przez Gminy spółce 100% kapitału należy wyłącznie do Gmin-Wspólników.

Po przeprowadzeniu rozprawy Izba, uwzględniając dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron zawarte w odwołaniu i odpowiedzi na odwołanie, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 528 Pzp.

Przystąpienie do udziału w postępowaniu odwoławczym zgłosił wykonawca BiomTrans Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Dolistowie Starym. Przystąpienie zgłoszone zostało 10 marca 2022 r. drogą e-mailową. Pełnomocnik BiomTrans przyznał przy tym, że taki sposób przesłania zgłoszenia nie był podyktowany awarią systemu e-PUAP.

W konsekwencji Izba postanowiła nie dopuścić wykonawcy BiomTrans do postępowania odwoławczego w charakterze przystępującego. Zgodnie z § 4 ust. 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą pisma w postępowaniu odwoławczym w postaci elektronicznej wnoszone przy użyciu środków komunikacji elektronicznej, zgodnie z art. 508 ust. 2 ustawy, przekazuje się na elektroniczną skrzynkę podawczą Urzędu lub na wskazany adres poczty elektronicznej, przy użyciu których obsługiwana jest korespondencja Izby, przy czym odwołanie i zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego przekazuje się na elektroniczną skrzynkę podawczą Urzędu.

Z przytoczonego przepisu w sposób niebudzący wątpliwości wynika, że zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego ma zostać dokonane na skrzynkę e-PUAP Urzędu Zamówień Publicznych. Przesłanie przez BiomTrans zgłoszenia drogą e-mailową nie było więc zgodne z przytoczonym przepisem rozporządzenia. O ile w przypadku zaistnienia awarii systemu e-PUAP wykonawca nie miałby możliwości przystąpienia w sposób określony w § 4 ust. 1 rozporządzenia (co ewentualnie pozwalałoby na uznanie tego przystąpienia za prawidłowe) to taka okoliczność nie wystąpiła.

Z powyższych względów Izba postanowiła nie dopuścić spółki BiomTrans do postępowania odwoławczego.

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 Pzp, tj. istnienie po stronie odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez niego szkody w wyniku kwestionowanych czynności zamawiającego.

Mając na uwadze powyższe Izba merytorycznie rozpoznała złożone odwołanie, uznając, że zasługuje ono na uwzględnienie.

Rozpoznając odwołanie Izba przeprowadziła dowody z:

1. dokumentacji postępowania, ze szczególnym uwzględnieniem ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy z 2 marca 2022 r. (nr 2022/BZP 00073418/01),
2. dokumentów załączonych do odwołania, w tym wypisu Aktu Notarialnego - Umowy spółki BiomTrans z 28 października 2021 r. (Repertorium A 3426/2021),
3. dokumentu złożonego przez Zamawiającego: „Założenia do Kalkulacji Kosztów i Przychodów BiomTrans Sp. z o.o. w latach 2022-2025 z 29 listopada 2021 r.”,
4. dokumentów złożonych przez Odwołującego w toku posiedzenia niejawnego z udziałem stron.

Izba ustaliła, co następuje:

2 marca 2022 r. Zamawiający opublikował w Biuletynie Zamówień Publicznych ogłoszenie nr 2022/BZP 00073418/01 o zamiarze zawarcia umowy w postępowaniu, którego przedmiotem było wykonywanie usług komunalnych na terenie gminy Rajgród polegających na odbiorze odpadów komunalnych niesegregowanych (zmieszanych) i zbieranych selektywnie z nieruchomości zamieszkałych na których powstają odpady oraz zapewnienie worków i pojemników. Odbiór oznacza odebranie odpadów, transport i przekazanie do Zakładu Zagospodarowania Odpadów w Koszarówce, gm. Grajewo.

Zgodnie z Sekcją IV ogłoszenia, punkt 4.1 zamówienia miało zostać udzielone w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 305 pkt 1 Pzp w zw. z art. 214 ust. 1 pkt 13 Pzp.

W zakresie uzasadnienia wybranego trybu udzielenia zamówienia Zamawiający wskazał w ogłoszeniu (Sekcja IV punkt 4.2 i Sekcja VI):

„Uzasadnienie prawne:

Zgodnie z art. 214 ust. 1 pkt 13:

Zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki, jeżeli zachodzi co najmniej jedna z następujących okoliczności:

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

a) zamawiający wspólnie z innymi zamawiającymi, o których mowa w art. 4 i art. 5

ust. 1 pkt 1, sprawuje nad daną osobą prawną kontrolę, która odpowiada kontroli sprawowanej przez nich nad własnymi jednostkami, przy czym wspólne sprawowanie kontroli ma miejsce, jeżeli spełnione są łącznie następujące warunki:

- w skład organów decyzyjnych kontrolowanej osoby prawnej wchodzi przedstawiciele wszystkich uczestniczących zamawiających, z zastrzeżeniem, że poszczególny przedstawiciel może reprezentować więcej niż jednego zamawiającego,
- uczestniczący zamawiający mogą wspólnie wywierać dominujący wpływ na cele strategiczne oraz istotne decyzje kontrolowanej osoby prawnej,
- kontrolowana osoba prawna nie działa w interesie sprzecznym z interesami zamawiających sprawujących nad nią kontrolę;

b) ponad 90% działalności kontrolowanej osoby prawnej dotyczy wykonywania zadań powierzonych jej przez zamawiających sprawujących nad nią kontrolę lub przez inne osoby prawne kontrolowane przez tych zamawiających,

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

BiomTrans Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Dolistowie Starym (...) spełnia wszystkie wymagania określone przepisem art. 214 ust.1 pkt. 13 lit. a) do c), to znaczy:

1. w skład organów decyzyjnych Spółki BiomTrans wchodzi przedstawiciele wszystkich uczestniczących zamawiających,
2. uczestniczący zamawiający może wspólnie wywierać dominujący wpływ na cele strategiczne oraz istotne decyzje kontrolowanej Spółki BiomTrans,
3. Spółki BiomTrans nie działa w interesie sprzecznym z interesami zamawiających sprawujących nad nią kontrolę,
4. według sporządzonej prognozy handlowej na perspektywę roku 2022 praktycznie 100% działalności Spółki BiomTrans dotyczyć będzie wykonywania zadań

powierzonych jej przez zamawiających sprawujących nad nią kontrolę lub przez inne osoby prawne kontrolowane przez tych zamawiających,

5. w Spółce BiomTrans nie ma bezpośredniego udziału kapitału prywatnego;

W kolejnych latach - po roku 2022 - potwierdzenie, iż ponad 90% działalności Spółki BiomTrans dotyczy wykonywania zadań powierzonych jej przez zamawiających sprawujących nad nią kontrolę lub przez inne osoby prawne kontrolowane przez tych zamawiających dokonywane będzie w dwojaki sposób:

- 1) na podstawie faktycznych przychodów z roku obrotowego 2022 r.
- 2) prognozy handlowej na lata przyszłe”.

„Założenia do Kalkulacji Kosztów i Przychodów Biom Trans Sp. z o.o. w latach 2022-2025” z 29 listopada 2021 r. - dokument, który był dla Zamawiającego prognozą handlową na lata przyszłe stanowił:

„BiomTrans Sp. z o.o. w latach 2022-2025 ma świadczyć tylko i wyłącznie usługi odbioru i transportu odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych z terenu Gmin Wspólników Spółki powierzanych przez te gminy w trybie zamówienia z wolnej ręki, tzw. in house.

Kalkulacja kosztów usługi odbioru i transportu dla Gmin - Wspólników ma być opracowana indywidualnie dla każdej gminy biorąc pod uwagę roczną ilość kilometrów (główny wskaźnik cenotwórczy) świadczenia powyższej usługi.

Przychody BiomTrans Sp. z o.o. mają być kalkulowane w wysokości Kosztów z rozsądnym zyskiem do 5%”.

W pozostałej części ww. dokument był tabelarycznym zestawieniem nazw czternastu wspólników spółki BiomTrans, które określało też liczbę udziałów (60 na każdego wspólnika) oraz wysokość udziałów (30 000 zł na każdego wspólnika).

Istotne znaczenie dla oceny zasadności zarzutów nr 3 i 4 miała również Umowa spółki BiomTrans z 28 października 2021 r. w zakresie następujących postanowień:

§ 11

1. „Kapitał zakładowy Spółki wynosi 420.000,00 (czterysta dwadzieścia tysięcy) złotych i dzieli się na 840 (osiemset czterdzieści) udziałów o wartości nominalnej po 500,00 (pięćset) złotych każdy.
2. Udziały są równe i niepodzielne.
3. Każdy wspólnik może posiadać więcej niż jeden udział.
4. Każdy udział daje prawo do jednego głosu na Zgromadzeniu Wspólników.
5. Udziały mogą być pokryte gotówką lub wkładami niepieniężnymi (aportami)”.

§ 13.

1. „Udziały są zbywalne i mogą być zastawiane na warunkach i zgodnie z postanowieniami niniejszego paragrafu.
2. Zbycie udziału oraz jego zastawienie wymaga uprzedniej zgody Zgromadzenia Wspólników (...)”.

§ 18.

„Spółka prowadzi działalność na podstawie samodzielnie ustalonych planów rocznych i wieloletnich”.

§ 24 ust. 3: „Do wyłącznej właściwości Zgromadzenia Wspólników należy zatwierdzanie kierunku rozwoju Spółki i planów jej działalności gospodarczej”.

Biorąc pod uwagę ustalony stan faktyczny Izba uznała, że zarzuty odwołania potwierdziły

się.

Na wstępie podkreślenia wymaga, że zgodnie z art. 129 ust. 2 Pzp zamawiający może udzielić zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego i przetargu ograniczonego, a w pozostałych trybach zamawiający może udzielić zamówienia w przypadkach określonych w ustawie.

Tym samym udzielenie zamówienia w trybie innym niż przetarg nieograniczony bądź ograniczony wymaga wykazania ziszczenia się określonych przesłanek ustawowych. Ponadto, zgodnie z art. 16 Pzp zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:

- 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;
- 2) przejrzysty;
- 3) proporcjonalny.

Z powyższych względów decyzja o udzieleniu zamówienia w trybie z wolnej ręki, a więc trybie, który ze swojej natury wyłącza uczciwą konkurencję między wykonawcami, powinno być poprzedzone szczególnie wnikliwą analizą pod kątem zasadności tego trybu oraz analizą spełnienia przesłanek ustawowych pozwalających na taki rodzaj zamówienia.

Z kolei z zasady przejrzystości postępowania wynika obowiązek należytego i starannego informowania o przyczynach wyboru trybu z wolnej ręki oraz starannego uzasadnienia przyczyn, dla których zamawiający uznał, że spełnione zostały odpowiednie przesłanki ustawowe.

W ocenie Izby w analizowanym postępowaniu wymogi powyższe nie zostały przez Zamawiającego zrealizowane.

W zakresie zarzutów nr 1 i 2 Izba wskazuje, co następuje:

Biorąc pod uwagę przytoczoną wyżej treść uzasadnienia wyboru trybu z wolnej ręki zawartą w ogłoszeniu o zamiarze zawarcia umowy oczywistym jest, że Zamawiający nie dopełnił obowiązku informacyjnego. Zamawiający nie podjął choćby próby realnego wykazania, że zamówienie w trybie niekonkurencyjnym było uzasadnione w przypadku tego zamówienia. Zamawiający ograniczył się do bardzo zwięzłego wskazania kilku stwierdzeń, które w jego ocenie pozwalały na zastosowanie tego trybu. Zamawiający nie wykazał w treści ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy jakie okoliczności powodują, że jego zdaniem doszło do wypełnienia przesłanek art. 214 ust. 1 pkt. 13 lit. a - c Pzp, a ograniczył się do zreferowania własnych wniosków, co czyni omawianą informację nieweryfikowalną. Przy tym przesłanki wskazanego przepisu są ocenne i bez rzetelnego wskazania okoliczności faktycznych, które doprowadziły zamawiającego do stwierdzenia, że powinien udzielić zamówienia w trybie z wolnej ręki, zamawiający sam pozbawił się możliwości uznania jego czynności przez Izbę za właściwą. Nie tylko doszło do naruszenia zasad naczelných Pzp (wyżej wskazany art. 16 pkt 1-3 Pzp), ale usiłowanie uzupełnienia tak istotnej wady ogłoszenia na etapie postępowania odwoławczego, kiedy dopiero w odpowiedzi na odwołanie Zamawiający próbuje uzupełnić uzasadnienie faktyczne i prawne swojej czynności, jest spóźnione i zasługuje na krytykę. Postępowanie odwoławcze, a następnie postępowanie skargowe, ma charakter weryfikacyjny - bada się czy zamawiający prawidłowo dokonał czynności, które stanowiły podstawę do wniesienia odwołania i nie może być wykorzystane do tego, by dopiero na tym etapie rozważać i ujawniać Odwołującemu, jakie jest uzasadnienie podjęcia kroków, które zamawiający podjął przed wniesieniem środka ochrony prawnej.

Zaniechanie zamawiającego jest szczególnie naganne ze względu na fakt, iż niesporne między stronami było to, że Odwołujący niezbędne dla oceny zasadności przyjętej podstawy prawnej zamówienia dokumenty pozyskał od Gminy Grajewo, tj. jednego z pozostałych współników spółki BiomTrans - dokumentów tych, mimo prośb Odwołującego, Zamawiający mu nie przekazał. W tej sytuacji twierdzenie Zamawiającego: „W świetle powyższego stanu faktycznego, mając na uwadze treść przepisów Działu IX ustawy - Środki ochrony prawnej - zarzuty dotyczące braku w ogłoszeniu bardziej szczegółowego uzasadnienia uprawnienia Zamawiającego do zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki, na podstawie przesłanki wskazanej przepisem art. 214 ust. 1 pkt 13 Pzp stały się bezprzedmiotowe. Ponadto, przyznany przez Odwołującego zakres wiedzy, jaki posiadał dowodziły, że zarzuty miały charakter pro publico bono, jako że w żaden sposób nie naruszały interesu Odwołującego (art. 505 ust. 1 Pzp)” zostało przez Izbę uznane za niezasadne. Nawet, jeżeli Odwołujący

uzyskał informacje od innego podmiotu, to nie dojdzie w ten sposób do sanowania zaniechań Zamawiającego, które stanowią podstawę odwołania. Tym bardziej w sposób jaskrawy widoczne jest, że stwierdzone braki ogłoszenia o zamówieniu w sposób łatwy mogły zostać uzupełnione, a inny podmiot nie widział przeszkód w przekazaniu spornych dokumentów, co tylko potwierdza rażący charakter zaniechania Zamawiającego. W szczególności, że ustawodawca w sposób jednoznaczny obciążył Zamawiającego koniecznością ujawnienia wszystkich okoliczności dotyczących podstawy do zastosowania trybu niekonkurencyjnego, we właściwej formie (w ogłoszeniu o zamówieniu), w terminie umożliwiającym wniesienie odwołania.

Ponadto, nie można zgodzić się na bezkarne naruszenie przez Zamawiającego zasad naczelnych Pzp, ponieważ Odwołujący uzyskał rzeczne dokumenty w inny sposób. Możliwe naruszenie przez Zamawiającego zasady jawności i przejrzystości postępowania w praktyce uprawniało każdy zainteresowany podmiot do wniesienia odwołania, bo każdy podmiot potencjalnie zainteresowany realizacją zadania miał interes w jego wniesieniu. Odwołanie dotyczy też oceny spełnienia merytorycznych podstaw do zastosowania trybu niekonkurencyjnego, a nie tylko przekazania dokumentów, więc interes we wniesieniu odwołania jest znacznie szerszy, niż upraszcza to Zamawiający.

W zakresie zarzutów nr 3 i 4 Izba uznała, że stanowisko Odwołującego było zasadne w części dotyczącej niespełnienia przesłanek określonych w art. 214 ust. 1 pkt 13 lit. a i b Pzp.

Między stronami nie było sporu, co do faktu, iż w spółce BiomTrans nie ma bezpośredniego udziału kapitału prywatnego, zatem Izba uznała, że Zamawiający nie naruszył dyspozycji art. 214 ust. 1 pkt 13 lit. c Pzp.

W ocenie Izby nie zostały jednak spełnione przesłanki z:

1. art. 214 ust. 1 pkt 13 lit. a Pzp

Zamówienie z wolnej ręki byłoby w analizowanej sprawie dopuszczalne, gdyby spełniony został następujący wymóg: zamawiający wspólnie z innymi zamawiającymi, o których mowa w art. 4 i art. 5 ust. 1 pkt 1, sprawuje nad daną osobą prawną kontrolę, która odpowiada kontroli sprawowanej przez nich nad własnymi jednostkami, przy czym wspólne sprawowanie kontroli ma miejsce, jeżeli spełnione są łącznie następujące warunki:

- w skład organów decyzyjnych kontrolowanej osoby prawnej wchodzi przedstawiciele wszystkich uczestniczących zamawiających, z zastrzeżeniem, że poszczególny przedstawiciel może reprezentować więcej niż jednego zamawiającego,
- uczestniczący zamawiający mogą wspólnie wywierać dominujący wpływ na cele strategiczne oraz istotne decyzje kontrolowanej osoby prawnej,
- kontrolowana osoba prawna nie działa w interesie sprzecznym z interesami zamawiających sprawujących nad nią kontrolę.

Z dokumentów złożonych przez Zamawiającego na dowód sprawowania takiej kontroli nad spółką BiomTrans jak wskazana w przytoczonym przepisie fakt ten wcale nie wynika. W świetle wyżej przytoczonych postanowień Umowy spółki BiomTrans oraz postanowień wskazanych przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie oczywistym jest, że Zamawiający ma możliwość wywierania wpływu na sposób funkcjonowania spółki. Nie oznacza to jednak, że zarówno on, jak i pozostali trzynastu wspólników BiomTrans ma nad tą spółką kontrolę taką, jak nad własnymi jednostkami. W świetle przytoczonych wyżej § 18 i § 24 ust. 3 umowy okoliczność ta wydaje się wręcz wątpliwa - z tych postanowień wynika znaczny stopień samodzielności spółki. To spółka samodzielnie określa własne plany roczne i wieloletnie, a Zgromadzenie Wspólników je zatwierdza. W konsekwencji Izba uznała, że rację miał Odwołujący twierdząc, że z umowy spółki BiomTrans wynika, że jej wspólnicy sprawują nad kontrolę o charakterze korporacyjnym, nie zaś kontrolę analogiczną jak nad własnymi jednostkami.

Skoro to na Zamawiającym ciążył obowiązek wykazania spełnienia przesłanek do udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki to powyższa wątpliwość, co do realnego charakteru przedmiotowej kontroli świadczy, że obowiązkowi temu nie podołał. Z żadnego dokumentu ujawnionego w toku postępowania odwoławczego nie wynika, by wspólnicy spółki BiomTrans sprawowali nad nią kontrolę analogiczną jak nad własnymi jednostkami. Z tego względu Izba uznała, że omawiana przesłanka nie została spełniona, a przysługiwanie 100% udziałów podmiotom - zamawiającym nie stanowi w sposób automatyczny o sprawowaniu kontroli, o której mowa w art. 214 ust. 1 pkt 13 lit. a Pzp.

Zamawiający w żaden sposób nie określił też na czym polegać miała sprawowana przez niego kontrola nad spółką BiomTrans. Jego twierdzenie o ww. kontroli było w efekcie

gołosłowne i - w konsekwencji - niewiarygodne.

2. art. 214 ust. 1 pkt 13 lit. b Pzp

Kolejna, konieczna do wypełnienia przesłanka pozwala na udzielenie zamówienia z wolnej ręki, gdy ponad 90% działalności kontrolowanej osoby prawnej dotyczy wykonywania zadań powierzonych jej przez zamawiających sprawujących nad nią kontrolę lub przez inne osoby prawne kontrolowane przez tych zamawiających. W tym przypadku zastosowanie mają dodatkowo:

- 1) art. 214 ust. 5 Pzp: Do obliczania procentu działalności, o którym mowa w ust. 1 pkt 11 lit. b, pkt 12 lit. b, pkt 13 lit. b i pkt 14 lit. c, uwzględnia się średni przychód osiągnięty przez osobę prawną lub zamawiającego w odniesieniu do usług, dostaw lub robót budowlanych za 3 lata poprzedzające udzielenie zamówienia;
- 2) 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.

Tym samym dla wykazania spełnienia przesłanki z art. 214 ust. 1 pkt 13 lit. b Pzp konieczna była wiarygodna prognoza handlowa spółki BiomTrans. Tymczasem dokument, który miał według Zamawiającego stanowić taką prognozę, tj. „Założenia do Kalkulacji Kosztów i Przychodów Biom Trans Sp. z o.o. w latach 2022-2025” z 29 listopada 2021 r. w żadnej mierze nie spełniał wymogu wiarygodności. Treść tego dokumentu została wyżej przytoczona niemal w całości. W ocenie Izby „Założenia...” nie noszą cech jakiegokolwiek prognozy - jest to wyłącznie bardzo ogólnikowa instrukcja, co do sposobu kalkulacji zysku spółki.

Ponadto, trudno uznać omawiany dokument za wiarygodny, skoro już na tym etapie część gmin realizuje zamówienie w trybie konkurencyjnym. Dokument jest nieaktualny i oparty na wadliwych założeniach, zaś zamawiający nie wykazał okoliczności przeciwnych.

W konsekwencji powyższego Izba uznała, że Zamawiający nie wykazał również spełnienia przesłanki z art. 214 ust. 1 pkt 13 lit. b Pzp.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący:.....