Sygn. akt: KIO 4503/24

WYROK

Warszawa, dnia 23 grudnia 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodnicząca:Beata Pakulska-Banach

Protokolantka:Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 grudnia 2024 r. przez wykonawcę Elwoz Eco sp. z o.o. z siedzibą w Sierakowicach w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Stężyca

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu: Gminie Stężyca unieważnienie prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia na podstawie art. 255 pkt 6 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych.
2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego: Gminę Stężyca i:
2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł (piętnaście tysięcy złotych), uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
2.2. zasądza od zamawiającego: Gminy Stężyca na rzecz odwołującego: wykonawcy Elwoz Eco sp. z o.o. z siedzibą w Sierakowicach kwotę 18 600 zł (osiemnaście tysięcy sześćset złotych), tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego poniesionych przez odwołującego w związku z uiszczonym wpisem od odwołania oraz wynagrodzeniem pełnomocnika.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodnicząca:……

Sygn. akt: KIO 4503/24

UZASADNIENIE

Zamawiający - Gmina Stężyca prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 11) ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2024 r., poz. 1320, ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp", na realizację zadania pn.: *„Odbiór odpadów komunalnych",* numer referencyjny: WG.271.25.2024.WC.

Ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy zamawiający opublikował w Biuletynie Zamówień Publicznychw dniu 21.11.2024 r., numer ogłoszenia: 2024/BZP 00607986/01. Wartość zamówienia przekracza kwoty progów unijnych, określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ustawy Pzp.

W dniu 2 grudnia 2024 roku wykonawca Elwoz Eco sp. z o.o. z siedzibą w Sierakowicach (zwany dalej: „odwołującym") wniósł odwołanie od czynności zamawiającego, polegającej na wyborze trybu i wszczęciu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie z wolnej ręki pn.: „Odbiór odpadów komunalnych" i zamiarze jego udzielenia Gminnemu Przedsiębiorstwu Komunalnemu sp. z o.o. z siedzibą w Stężycy.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 214 ust. 1 pkt 11 a) ustawy Pzp w związku z art. 216 ust. 1 ustawy Pzp 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) przez niewyczerpujące uzasadnienie prawne i faktyczne wyboru trybu udzielenia zamówienia publicznego w Ogłoszeniu o zamiarze zawarcia umowy, polegające na nie podaniu i nie wyjaśnieniu jednego z wymaganych łącznie na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 11 ustawy Pzp warunków udzielenia zamówienia z wolnej ręki (w tzw. trybie „in house") z art. 214 ust. 1 pkt 11 a): *„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. art. 214 ust. 1 pkt 11 b) ustawy Pzp w związku z art. 214 ust. 5 i art. 216 ust. 1 ustawy Pzp 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) przez niewyczerpujące uzasadnienie prawne i faktyczne wyboru trybu udzielenia zamówienia publicznego w Ogłoszeniu o zamiarze zawarcia umowy, polegające na nie podaniu i nie wyjaśnieniu jednego z wymaganych łącznie na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 11 ustawy Pzp warunków udzielenia zamówienia z wolnej ręki (w tzw. trybie „in house") z art. 214 ust. 1 pkt 11 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".*

W oparciu o powyższe odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania w całości oraz o 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.

Ponadto, odwołujący wnosił o zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa prawnego.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący podnosił, że stosownie do treści art. 216 ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający zamieszcza w Biuletynie Zamówień Publicznych ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy, przed udzieleniem zamówienia na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 11-14, na zasadach określonych w dziale III rozdziale 2.

W § 2 pkt 2 rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie ogłoszeń zamieszczanych w Biuletynie Zamówień Publicznych (Dz.U. z 2020 r. poz. 2439) określono zakres informacji zawartych w ogłoszeniach zamieszczanych w BZP dla ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy (załącznik nr 2), tj. m.in. dotyczących trybu udzielenia zamówienia (pkt 4), obejmujących uzasadnienie faktyczne i prawne wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki (ppkt 2) oraz zawarcia umowy (pkt 5).

Odwołujący podkreślił, że na zamawiającym spoczywają określone w przepisach obowiązki informacyjne, w szczególności związane z przedstawieniem uzasadnienia faktycznego i prawnego wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki.

Dalej odwołujący wskazał, że tryb zamówienia z wolnej ręki jest trybem niekonkurencyjnym, wyjątkiem od zasady udzielania zamówień publicznych w trybach zapewniających konkurencję. Uzasadnienie powinno w sposób konkretny przedstawiać i wykazywać podstawy do udzielenia zamówienia z wolnej ręki. Przedstawienie uzasadnienia ma kluczowe znacznie dla wykonawców potencjalnie zainteresowanych danym zamówieniem, którzy na podstawie zamieszczonego w Biuletynie Zamówień Publicznych uzasadnienia wybranego trybu dokonują oceny prawidłowości czynności zamawiającego, przede wszystkim z uwagi na ewentualność skorzystania ze środków ochrony prawnej.

<u>Odnośnie zarzutu naruszenia art. 214 ust. 1 pkt 11 lit. a) ustawy Pzp:</u>

Odwołujący wskazał, że lakoniczne uzasadnienie faktyczne i prawne zamawiającego odnośnie przesłanki z art. 214 ust. 1 pkt 11 lit. a) zawiera 4 zdania o treści:
- W Spółce 100% udziałów posiada Gmina Stężyca.
- Przejawem zależności oraz sprawowanie kontroli nad Wykonawcą odbywa się poprzez powoływanie przez Gminę Stężyca członków Rady Nadzorczej Spółki.
- Z aktu powołującego wynika, że Zamawiającemu przysługuje pełne prawo głosu jako walne zgromadzenie i ma dominujący wpływ na cele strategiczne spółki i zakres jej działania.
- Funkcję zgromadzenia wspólników pełni Wójt.

W ocenie odwołującego zamawiający nie wykazał dominującego wpływu na cele strategiczne. Natomiast do wpływu na istotne decyzje, dotyczące zarządzania sprawami GPK sp. z o.o., zamawiający nie doniósł się w ogóle.

Zdaniem odwołującego, posiadanie 100 % udziałów przez zamawiającego w Spółce, powoływanie Rady Nadzorczej oraz przysługujące mu pełne prawo głosu na Zgromadzeniu, nie oznaczają dominującego wpływu na cele strategiczne oraz istotne decyzje dotyczące zarządzania sprawami Spółki i nie oznaczają same przez się sprawowania kontroli, odpowiadającej kontroli nad własnymi jednostkami.

Odwołujący zwrócił uwagę na przepis art. 10a ust. 1 ustawy o gospodarce komunalnej, zgodnie z którym powołanie Rady Nadzorczej w spółce gminnej jest obligatoryjne. Tym samym – według odwołującego - nie sposób uznać aby racjonalny ustawodawca uznawał posiadanie 100% udziałów w spółce przez zamawiającego oraz powołanie Rady

Nadzorczej za jednoznaczne ze spełnieniem przesłanki z art. 214 ust. 1 pkt 11 lit. a) ustawy Pzp, bowiem możliwość powierzenia zamówienia z wolnej ręki w formule in-house dotyczy tylko spółek gminnych bez udziału kapitału prywatnego. Ustawodawca, określając w powołanym przepisie warunek do spełnienia przez zamawiającego, nakłada na zamawiającego obowiązek dalej idący.

Odwołujący stwierdził, że spółka jest odrębnym podmiotem prawa prywatnego, której bieżącą działalnością kieruje Zarząd. Zarząd odpowiada też za rezultaty działań przed Spółką oraz wobec podmiotów trzecich. Spółka posiada co do zasady autonomię, zwłaszcza w sytuacji, w której oprócz zadań powierzonych prowadzi działalność komercyjną.

Zdaniem odwołującego, powołany przepis wymaga wykazania mechanizmów kontrolujących autonomię Spółki i wpływu na istotne decyzje, dotyczące zarządzania sprawami osoby prawnej, ograniczających tę autonomię. Oznacza znacznie większą i ściślejszą kontrolę w relacji zamawiający — Spółka (verba legis: odpowiadającą kontroli sprawowanej nad własnymi jednostkami)

Zarządzanie sprawami osoby prawnej to jej bieżącą codzienna działalność. Wpływ na istotne decyzje, które tego dotyczą, oznacza zatem bezpośredni, stały i efektywny wpływ na bieżące funkcjonowanie Spółki, odpowiadające kontroli nad własnymi jednostkami zamawiającego.

Odwołujący podniósł, że zamawiający nie przywołał żadnych regulacji korporacyjnych, wskazujących na tego rodzaju kontrolę, w szczególności nie powołał wskazujących na to postanowień umowy Spółki, regulaminów Zarządu, Rady Nadzorczej, żadnych mechanizmów bieżącego raportowania zamawiającemu działalności, żadnych mechanizmów kontroli prawidłowości jej wykonywania, co jest istotne także w kontekście wymogu spełniania przesłanek in-house przez cały okres trwania umowy i publikowania potwierdzeń na to w Biuletynie Zamówień Publicznych.

Odnosząc się do sformułowania: *„Przejawem zależności oraz sprawowanie kontroli nad Wykonawcą odbywa się poprzez powoływanie przez Gminę Stężyca członków Rady Nadzorczej Spółki”* – odwołujący stwierdził, że samo powołanie Rady Nadzorczej potwierdza powołanie organu kontroli korporacyjnej w Spółce, jednak w żaden sposób nie wykazuje możliwości kontroli, odpowiadającej kontroli nad własnymi jednostkami i dominującego wpływu na cele strategiczne oraz istotne decyzje zarządcze.

Pozostałe trzy zdania z uzasadnienia zamawiającego – zdaniem odwołującego - dotyczą w istocie jednej kwestii, tj. uprawnień właścicielskich zamawiającego, wykonywanych przez Wójta. W opinii odwołującego - bez wątpienia 100 % udziałowiec ma wpływ na cele strategiczne Spółki. Jednakże z samego faktu posiadania 100 % udziałów nie wynika istnienie w konkretnej Spółce mechanizmu kontroli, odpowiadającej kontroli jak nad własnymi jednostkami organizacyjnymi Gminy ani tym bardziej wpływ na istotne decyzje dotyczące zarządzania sprawami tej osoby prawnej. Odwołujący podkreślił, że spełnienie powyższych warunków winien był wykazać zamawiający w uzasadnieniu faktycznym i prawnym.

Reasumując, odwołujący stwierdził, że ogólnikowe i nie korespondujące z określonymi w ustawie wymogami twierdzenia zamawiającego potwierdzają, że nie wykazał on w uzasadnieniu spełnienia przesłanki z art. 214 ust. 1 pkt 11 lit. a) ustawy Pzp.

<u>Odnośnie zarzutu naruszenia art. 214 ust. 1 pkt 11 lit. b) ustawy Pzp:</u>

Odwołujący podniósł, że szczególnej uwagi wymaga uzasadnienie faktyczne i prawne zamawiającego, odnoszące się do przesłanki z art. 214 ust. 1 pkt 11 lit. b): ustawy Pzp: *„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”.*

Odwołujący wskazał przy tym, że ustawa w art. 214 ust. 5 wskazuje, w jaki sposób zamawiający może wyliczyć wymaganą minimalną proporcję działalności kontrolowanej, dotyczącej zadań powierzonych. Zdaniem odwołującego, analiza czy przesłanka 90/10 została spełniona, jest szczególnie istota w przypadku Spółki, bowiem prowadzi ona - jako spółka gminna - działalność komercyjną w usługach nie powierzonych przez zamawiającego na dużą skalę. Mianowicie prowadzi ona działalność komercyjną w zakresie: przebudowy i rozbudowy infrastruktury wodociągowej i kanalizacyjnej, budowy, remontów oraz naprawy przyłączy wodociągowych i kanalizacyjnych, udrażniania sieci i przyłączy kanalizacyjnych, niwelacji terenu pod budowę Ładowarką Ł-34, wykonywania wykopów i innych robót ziemnych Ładowarką Ł-34, koparką JCB i KOMATSU, wymiany i zagęszczenia gruntu, naprawy, remontów i utrzymania dróg, równania dróg gruntowych równiarką drogową, wałowania dróg gruntowych walcem stalowym W-170, sprzątania pasów drogowych, placów i parkingów mechanicznego oraz ręcznego, wykaszania poboczy dróg kosiarkami, montażu

urządzeń bezpieczeństwa drogowego, budowy przepustów drogowych, zimowego utrzymania dróg, placów, chodników i parkingów (odśnieżanie), wywozu nieczystości płynnych ze zbiorników bezodpływowych, transportu pasażerskiego autobusem. Odwołujący wyjaśnił, że usługi te Spółka wykonuje w oparciu o ceny ustalane indywidualnie na poszczególne roboty i usługi na podstawie: projektu, przedmiaru robót i jednostkowej kalkulacji.

Według odwołującego zamawiający przesłanki z art. 214 ust. 1 pkt 11 lit. b) ustawy Pzp nie wykazał w ogóle. Odwołujący nie był w stanie zweryfikować na jakiej podstawie zamawiający podaje, że 90 % działalności kontrolowanej dotyczy wykonywania zadań powierzonych. Odwołujący zauważył przy tym, że zamawiający nie odwołuje się do średniego przychodu osiągniętego, przez osobę prawną w odniesieniu do usług, dostaw lub robót budowlanych za 3 lata poprzedzające udzielenie zamówienia. Zamawiający nie przedstawił też żadnych danych uzasadniających stwierdzenie, że przesłanka ta została spełniona, nie powołał się również na żadne analizy, wyliczenia czy inne dokumenty, które mogłyby potwierdzać jej spełnienie.

Ponadto, odwołujący stwierdził, że przyjęcie za wystarczające dla wykazania ustawowego wymogu z art. 214 ust. 1 pkt 11 lit. b) ustawy Pzp twierdzenia zamawiającego oznaczało by, że:
- wymóg ustawowy jest fikcją, którego spełnienie można skwitować ogólnikowym zapewnieniem zamawiającego,
- zainteresowani zamówieniem, nie mają żadnej możliwości weryfikacji prawdziwości twierdzeń lub zapewnień zamawiającego,
- zastosowanie wyjątkowego - niekonkurencyjnego - trybu zamówienia, co do którego przepisy wymagają jak w przypadku każdego wyjątku ścisłej wykładni, nie wymaga spełnienia ustawowych przesłanek, tylko zapewnienia zamawiającego, że przesłanki te są spełnione.

W ocenie odwołującego akceptowanie tego rodzaju praktyk, podważałoby sens przepisów Pzp, w szczególności regulujących wymogi procedury zamówienia w trybie niekonkurencyjnym, jak również zasadę przejrzystości postępowania, wskazaną w art. 16 ustawy Pzp.

W oparciu o powyższe odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania.

W dniu 17 grudnia 2024 roku zamawiający przekazał do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odpowiedź na odwołanie, w której wnosił o oddalenie odwołania w całości.

W dniu 19 grudnia 2024 roku odwołujący złożył pismo procesowe, zawierające dodatkową argumentację w sprawie.

W dniu 20 grudnia 2024 roku – w toku posiedzenia niejawnego z udziałem stron – zamawiający złożył pisemną replikę na pismo procesowe odwołującego z dnia 19.12.2024r.

Żaden wykonawca nie zgłosił przystąpienia do postępowania odwoławczego.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła co następuje.

Przedmiotem zamówienia jest świadczenie usług na odbiór odpadów komunalnych powstałych i zebranych w granicach administracyjnych Gminy Stężyca.

W dniu 21 listopada 2024 roku zamawiający opublikował w Biuletynie Zamówień Publicznych ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy (numer ogłoszenia: 2024/BZP 00607986/01), dalej jako: „ogłoszenie".

Zamawiający wskazał w ogłoszeniu, że zamierza zawrzeć umowę z wykonawcą – Gminne Przedsiębiorstwo Komunalne Spółka z o.o.

W sekcji IV ogłoszenia *Tryb udzielenia zamówienia* zamawiający podał:

4.1.) Tryb udzielenia zamówienia/ wraz z podstawą prawną: *Zamówienie udzielane jest w trybie zamówienia z wolnej ręki na podstawie: art. 214 ust. 1 pkt 11 ustawy*

4.2.) Uzasadnienie faktyczne i prawne wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia albo zamówienia z wolnej ręki: *Zamówienie udzielane jest przez zamawiającego, o którym mowa w art. 4 i art. 5 ust. 1 pkt 1 Pzp, osobie prawnej oraz spełnione są łącznie warunki wskazane w art. 214 ust. 1 pkt 11 Pzp. Gminne Przedsiębiorstwo Komunalne spółka z ograniczoną odpowiedzialnością powstało poprzez przekształcenie samorządowego zakładu budżetowego w spółkę prawa handlowego na podstawie art.18 ust.2 pkt 9 lit.h ustawy z dnia 8 marca 1990 roku o samorządzie gminnym, art.6 ust.1, art.9 ust.1, art.22 ust.1 i art.23 ustawy z dnia 20 grudnia 1996 roku o gospodarce komunalnej oraz art.16 ust.1,3,5,7 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 roku o finansach publicznych, mocą uchwały Rady Gminy Stężyca nr XV/182/2012 z dnia 11 września 2012 r. w sprawie likwidacji samorządowego zakładu budżetowego o nazwie Zakład Komunalny w Stężycy w celu jego przekształcenia w spółkę prawa handlowego W Spółce 100% udziałów posiada Gmina Stężyca.*

Natomiast w sekcji VI ogłoszenia *Informacje dodatkowe* zamawiający podał:

„ciąg dalszy uzasadnienia

Celem działalności Spółki jest wykonywanie zadań własnych gminy i charakterze użyteczności publicznej, których celem jest bieżące i nieprzerwane zaspokajanie zbiorowych potrzeb wspólnoty samorządowej oraz w miarę możliwości i potrzeb innych zadań (Akt założycielski spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z dnia 12.12.2012 r. Rep. A nr 15756/2012r. § 7 pkt. 1.). Przejawem zależności oraz sprawowanie kontroli nad Wykonawcą odbywa się poprzez powoływanie przez Gminę Stężyca członków Rady Nadzorczej Spółki. Z aktu powołującego wynika, że Zamawiającemu przysługuje pełne prawo głosu jako walne zgromadzenie i ma dominujący wpływ na cele strategiczne spółki i zakres jej działania. Funkcję zgromadzenia wspólników pełni Wójt. 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. W kontrolowanej osobie prawnej nie ma bezpośredniego udziału kapitału prywatnego.”.

Ponadto, w dniu 21 listopada 2024 roku zamawiający opublikował w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej ogłoszenie o dobrowolnej przejrzystości ex ante (numer wydania Dz.U. S: 227/2024, numer ogłoszenia: 712275-2024), wskazując jako podstawę wszczęcia procedury negocjacyjnej bez uprzedniej publikacji zaproszenia do ubiegania się o zamówienie - Dyrektywę 2014/24/UE oraz art. 214 ust. 1 pkt 11 ustawy Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz dowody i stanowiska Stron złożone na pismach i podane do protokołu rozprawy zważyła, co następuje.

Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, tj. istnienie po stronie odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia przez niego szkody z uwagi na kwestionowane czynności zamawiającego.

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

W ocenie Izby odwołanie należało uwzględnić.

Zgodnie z art. 214 ust. 1 pkt 11 ustawy 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:
a) 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,
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,
c) w kontrolowanej osobie prawnej nie ma bezpośredniego udziału kapitału prywatnego.

Zgodnie z art. 216 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający zamieszcza w Biuletynie Zamówień Publicznych ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy, przed udzieleniem zamówienia na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 11-14, na zasadach określonych w dziale III rozdziale 2.

Z kolei w dziale III rozdziale 2 ustawy Pzp w art.267 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp ustawodawca wskazał, że w Biuletynie Zamówień Publicznych zamawiający zamieszcza następujące rodzaje ogłoszeń: (…)
2) ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy.

Ponadto, w dziale III rozdziale 2 ustawy Pzp w art. 272 ust. 2 ustawy Pzp wskazano, że: Minister właściwy do spraw gospodarki określi, w drodze rozporządzenia, zakres informacji zawartych w ogłoszeniach zamieszczanych w Biuletynie Zamówień Publicznych, w tym w ogłoszeniach, o których mowa w art. 216 ust. 1 i 3 oraz w art. 448, a także tryb przekazywania ogłoszeń, mając na względzie rodzaje ogłoszeń, tryby postępowania o udzielenie zamówienia oraz szczególne instrumenty i procedury.

§ 2 pkt 2) rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii w sprawie ogłoszeń zamieszczanych w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 23 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020r. poz. 2439) stanowi, że: określa się zakres informacji zawartych w ogłoszeniach zamieszczanych w BZP dla następujących ogłoszeń: (…)

2) ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy, stanowiący załącznik nr 2 do rozporządzenia.

Wspomniany powyżej załącznik nr 2 do ww. rozporządzenia określa zakres informacji zawartych w ogłoszeniu i zamiarze zawarcia umowy, w tym m.in.:
1. Podstawowe informacje:
1) rodzaj ogłoszenia;
2) nazwa zamówienia publicznego nadana przez zamawiającego;
3) identyfikator postępowania (nadawany automatycznie przez system);
4) numer ogłoszenia w BZP (nadawany automatycznie przez system);
5) wersja ogłoszenia (nadawana automatycznie przez system w przypadku zmiany ogłoszenia);
6) data zamieszczenia ogłoszenia (nadawana automatycznie przez system);
7) informacja, czy zamówienie publiczne było ujęte w planie postępowań o udzielenie zamówień;
8) jeżeli zamówienie publiczne było ujęte w planie postępowań, numer w BZP, pod którym został zamieszczony plan postępowań o udzielenie zamówień oraz identyfikator pozycji planu postępowań;
9) informacja, czy ogłoszenie dotyczy zamówienia na usługi społeczne i inne szczególne usługi;
10) informacja, czy zamówienie publiczne dotyczy projektu lub programu współfinansowanego ze środków Unii Europejskiej;
11) nazwa projektu lub programu współfinansowanego ze środków Unii Europejskiej - jeżeli zamówienie dotyczy projektu lub programu współfinansowanego ze środków Unii Europejskiej.
2. Zamawiający:
(…)
3. Przedmiot zamówienia:
(…)
4. Tryb udzielenia zamówienia:
1) informacja o trybie udzielenia zamówienia oraz o podstawie prawnej zgodnie z ustawą;
2) uzasadnienie faktyczne i prawne wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia albo zamówienia z wolnej ręki;
3) identyfikator wcześniejszego postępowania lub konkursu (jeżeli dotyczy).
5. Zawarcie umowy:
1) nazwa i adres wykonawcy, a w przypadku negocjacji bez ogłoszenia - wykonawców, z którym/którymi zamawiający zamierza zawrzeć umowę;
2) jeżeli wykonawca prowadzi działalność gospodarczą - krajowy numer identyfikacyjny (w przypadku polskich wykonawców - numer REGON lub NIP (jeżeli dotyczy));
3) w przypadku negocjacji bez ogłoszenia, gdy zamawiający dopuścił składanie ofert częściowych, informacje, o których mowa w pkt 1 i 2, podaje się dla każdej części.
6. Informacje dodatkowe (jeżeli zamawiający podaje informacje dodatkowe).

W odniesieniu do zarzutów podnoszonych w odwołaniu w szczególności istotny jest wymóg przedstawienia uzasadnienia faktycznego i prawnego wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia albo zamówienia z wolnej ręki, co wynika z pkt 4 ppkt 2) załącznika nr 2 do ww. rozporządzenia.

Niewątpliwie, zamawiający zamieszczając ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy winien zawrzeć uzasadnienie faktyczne i prawne wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki.

W sprawie będącej przedmiotem niniejszego rozstrzygnięcia istota sporu sprowadzała się do oceny czy zamawiający w ogłoszeniu o zamiarze zawarcia umowy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki w sposób odpowiadający wymogom, wynikającym z powołanych powyżej przepisów prawa, a w szczególności, czy przedstawiony w ogłoszeniu zakres informacji jest wystarczający do dokonania oceny spełnienia przesłanek zastosowania tego trybu na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 11 ustawy Pzp.

Przede wszystkim podkreślić należy, że w ogłoszeniu o zamiarze zawarcia umowy zamawiający był zobowiązany wykazać ziszczenie się wszystkich przesłanek, o których mowa w przepisie art. 214 ust. 1 pkt 11 ustawy Pzp (zamówienie *in-house*). Jest to o tyle ważny obowiązek informacyjny ciążący na zamawiającym, że w ten sposób inni uczestnicy rynku zamówień publicznych, mają możliwość kontroli działań zamawiającego i weryfikacji tego, czy faktycznie w danym przypadku istnieją podstawy do udzielenia zamówienia w trybie *in-house*.

Izba w składzie orzekającym w pełni podziela stanowisko wyrażone w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 stycznia 2022 r., sygn. akt: KIO 3666/21, iż: *„na zamawiającym spoczywają określone obowiązki informacyjne, w szczególności związane z przedstawieniem uzasadnienia faktycznego i prawnego wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki. Przedmiotowe uzasadnienie jest o tyle istotne, że tryb zamówienia z wolnej ręki jest trybem niekonkurencyjnym,*

wyjątkiem od zasady udzielania zamówień publicznych w trybach zapewniających konkurencję. Dlatego też powyższe uzasadnienie powinno w sposób pełny przedstawiać i wykazywać podstawy do udzielenia zamówienia z wolnej ręki. (…) Tym samym, to po stronie zamawiającego leży zawsze wyczerpujące i wszechstronne przedstawienie okoliczności faktycznych i prawnych celem wykazania wszystkich przesłanek warunkujących udzielenie zamówienia in - house na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 11 PrZamPubl, poddawanych ewentualnej kontroli wykonawców oraz Izby.".

Odwołujący we wniesionym odwołaniu podnosił, że zamawiający w uzasadnieniu prawnym i faktycznym podanym w treści ogłoszenia nie wykazał okoliczności wskazanych w art. 214 ust. 1 pkt 11 lit. a) i b) ustawy Pzp. Natomiast nie kwestionował wykazania przez zamawiającego okoliczności o których mowa w art. 214 ust. 1 pkt 11 lit. c) ustawy Pzp.

Izba podziela stanowisko odwołującego, że przedstawione przez zamawiającego w treści ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy uzasadnienie faktyczne jest niewystarczające i zbyt lakoniczne.

Odnosząc się do zarzutu 1 dotyczącego braku wykazania przesłanki z art. 214 ust. 1 pkt 11 lit. a) ustawy Pzp, to wskazać należy, że w treści ogłoszenia zamawiający powołał się na sprawowanie kontroli nad wykonawcą przez powoływanie przez zamawiającego członków Rady Nadzorczej Spółki oraz na to, że przysługuje mu pełne prawo głosu jako walne zgromadzenie i, że posiada dominujący wpływ na cele strategiczne spółki i zakres jej działania, przy czym funkcję zgromadzenia wspólników pełni Wójt. W istocie jednak zamawiający nie odwołał się do żadnych mechanizmów kontrolnych, czy kompetencji, które wskazywałyby na faktyczny wpływ zamawiającego na istotne decyzje zarządcze Gminnego Przedsiębiorstwa Komunalnego, choćby – przez hasłowe odwołanie się do stosownych regulacji umownych, wskazywanych przez samego zamawiającego, choćby na etapie postępowania odwoławczego. Słusznie przy tym odwołujący wskazywał, że powołany przepis wymaga wykazania mechanizmów, kontrolujących autonomię Spółki i wpływu na istotne decyzje, dotyczące zarządzania sprawami osoby prawnej, ograniczającego tę autonomię. Takiego wykazania tutaj zabrakło. Zasadnie też odwołujący wskazywał, że 100 % udziałowiec ma wpływ na cele strategiczne Spółki, ale już z samego faktu posiadania 100 % udziałów nie wynika istnienie mechanizmu kontroli, odpowiadającej kontroli sprawowanej nad własnymi jednostkami organizacyjnymi Gminy ani tym bardziej istnienie dominującego wpływu na istotne decyzje dotyczące zarządzania sprawami tej osoby prawnej.

Ponadto, w ocenie Izby, potwierdził się także zarzut drugi odwołania, odnoszący się do braku przedstawienia wystarczającego uzasadnienia dla wykazania ziszczenia się przesłanki z art. 214 ust. 1 pkt 11 lit. b) ustawy Pzp.

Zamawiający w treści ogłoszenia o zamówieniu stwierdził jedynie ogólnikowo, iż: *„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",* Co w zasadzie sprowadza się do zacytowania przepisu.

Zamawiający nie podał z czego powyższe wywodzi, a przede wszystkim, dopiero na etapie postępowania odwoławczego okazało się, że zamawiający opiera spełnienie tej przesłanki na okolicznościach opisanych w art. 214 ust. 6 ustawy Pzp, tj. poprzez odniesienie się do wiarygodnych prognoz handlowych.

Tymczasem podstawą ustalenia procentu działalności kontrolowanej osoby prawnej, która dotyczy wykonywania zadań powierzonych jej przez zamawiającego sprawującego kontrolę, jest średni przychód osiągnięty przez osobę prawną lub zamawiającego w odniesieniu do usług, dostaw lub robót budowlanych za 3 lata poprzedzające udzielenie zamówienia, co wynika bezpośrednio z treści art. 214 ust. 5 ustawy Pzp. Dopiero, 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, ten procent działalności, ustala się za pomocą wiarygodnych prognoz handlowych, zgodnie z art. 214 ust. 6 ustawy Pzp.

Tymczasem w ogłoszeniu o zamiarze zawarcia umowy zamawiający nawet nie wskazał w oparciu o jakie dane ustalił, że ponad 90% działalności Gminnego Przedsiębiorstwa Komunalnegodotyczy wykonywania zadań powierzonych jej przez Gminę Stężyca. Zabrakło nawet hasłowego odwołania się do przepisu art. 214 ust. 6 ustawy Pzp, nie mówiąc już o odwołaniu się do konkretnych analiz czy dokumentów, stanowiących podstawę tych obliczeń.

Odnośnie kwestii maksymalnego limitu znaków w treści ogłoszenia, która to kwestia była szczególnie akcentowana przez zamawiającego, to słusznie odwołujący podnosił, że uzasadnienie może być hasłowe i przykładowo może zawierać odniesienia jedynie do jednostek redakcyjnych przepisów czy właściwych regulacji umownych, regulaminów lub innych aktów bez konieczności przytaczania ich treści. Istotnym jest natomiast, aby treść ogłoszenia o zamiarze zawarcia mowy wskazywała na wszystkie okoliczności, stanowiące o zaistnieniu podstaw do udzielenia zamówienia *in-house*, a którymi kierował się zamawiający, decydując się na udzielenie zamówienia w tym trybie. Jest to obowiązek zamawiającego z którym z kolei skorelowane jest uprawnienie innych wykonawców do kontroli legalności

zastosowanego trybu udzielenia zamówienia publicznego. Dodać też należy, że zamawiający nie widział przeszkód, aby w sekcji IV ogłoszenia *Tryb udzielenia zamówienia* – szczegółowo przytaczać podstawy prawne na mocy których Zakład Komunalny w Stężycy został przekształcony w spółkę prawa handlowego – Gminne Przedsiębiorstwo Komunalne sp. z o.o., a nie znalazł miejsca na właściwe uzasadnienie wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki. Dodać też należy, że pełnomocnik zamawiającego – zapytany w toku rozprawy – o to czy wyczerpał limit znaków, nie umiał odpowiedzieć na to, czy w sekcji VI ogłoszenia *Informacje dodatkowe* – byłby w stanie umieścić jeszcze dodatkowe uzasadnienie, oprócz tam przytoczonego.

Wobec powyższego Izba uznała, że zamawiający nie wykazał w sposób wystarczający w treści ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy podstaw zastosowania trybu udzielenia zamówienia z wolnej ręki w oparciu o przepis art. 214 ust. 1 pkt 11 ustawy Pzp.

W konsekwencji powyższego Izba nakazała zamawiającemu unieważnienie prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia na podstawie art. 255 pkt 6 ustawy Pzp, ponieważ jest ono obarczone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia, polegającą na wszczęciu postępowania w trybie niekonkurencyjnym, pomimo niewykazania spełnienia przesłanek ustawowych uprawniających do zastosowania trybu z wolnej ręki, a wada ta nie może zostać usunięta w inny sposób.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 557 i art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o § 7 ust. 1 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 i pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

W oparciu o powyższe Izba zaliczyła w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz zasądziła od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 18 600 zł, tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego poniesionych przez odwołującego w związku z uiszczonym wpisem od odwołania i wynagrodzeniem pełnomocnika.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

Przewodnicząca: ……