

Sygn. akt: KIO 3133/23

WYROK
z dnia 9 listopada 2023 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Irmina Pawlik
Aleksandra Patyk
Maksym Smorczewski

Protokolant: Aldona

Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 listopada 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 października 2023 r. przez wykonawcę Remondis Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Gminę Miasta Puck

orzeka:

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża odwołującego Remondis Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie i:
 - 2.1. zalicza do kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądza od odwołującego Remondis Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie na rzecz zamawiającego Gminy Miasta Puck kwotę 3 604 zł 80 gr (słownie: trzy tysiące sześćset cztery złote osiemdziesiąt groszy) stanowiącą uzasadnione koszty postępowania poniesione przez zamawiającego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztów dojazdu na rozprawę.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 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 3133/23

Uzasadnienie

Zamawiający Gmina Miasta Puck (dalej jako „Zamawiający”) prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie zamówienia z wolnej ręki pn. „Odbiór odpadów komunalnych zmieszanych i segregowanych z nieruchomości położonych na terenie Gminy Miasta Puck wraz z ich transportem”, nr. ref: RGKiM.271.13.2023.ACH. Ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych z 13 października 2023 r. pod numerem 2023/BZP 00443985. Do ww. postępowania o udzielenie zamówienia zastosowanie znajdują przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm., dalej „ustawa Pzp”). Wartość szacunkowa zamówienia przekracza progi unijne, o których mowa w art. 3 ustawy Pzp.

W dniu 23 października 2023 r. wykonawca Remondis Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (dalej jako „Odwołujący”) wniósł odwołanie wobec czynności polegających na wyborze trybu postępowania, wszczęciu postępowania oraz zamieszczeniu informacji o zamiarze zawarcia umowy w trybie „z wolnej ręki” prowadzących do udzielenia ww. zamówienia publicznego na rzecz Pucka Gospodarka Komunalna Zakład Oczyszczania Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pucku (dalej jako „PGK ZO”). Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

Zarzuty dot. publikacji i uzasadnienia decyzji zamawiającego w zakresie wyboru trybu:

1. art. 216 ust. 1 w zw. z art. 267 ust. 2 pkt 2) w zw. z art. 16 pkt 1), 2) i 3) i 18 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z §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) poprzez niewyczerpujące uzasadnienie faktyczne i prawne wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki, podczas gdy wybór trybu niekonkurencyjnego możliwy jest wyłącznie na zasadzie wyjątku (odstępstwa od zasady) i w związku z tym wymaga szerokiego uzasadnienia oraz powołania wszelkich danych źródłowych umożliwiających weryfikację jego prawdziwości,
2. art. 99 ust. 1 i 2 i art. 112 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 6d ust. 4 ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu

czystości i porządku w gminach (t.j. Dz. U. z 2023 r., poz. 1469 ze zm., dalej: „u.c.p.g.”) poprzez zaniechanie określenia w dokumentach zamówienia szczegółowych wymagań stawianych przedsiębiorcom odbierającym odpady komunalne od właścicieli nieruchomości oraz wymaganych u.c.p.g. elementów opisu zamówienia,

Zarzuty dot. braku wystąpienia przesłanek o których mowa w art. 214 ustawy Pzp:

3.art. 214 ust. 1 pkt 11) lit. a) ustawy Pzp poprzez nieprawidłowe uznanie, że:

1)zamawiający sprawuje nad (PGK ZO) kontrolę odpowiadającą kontroli sprawowanej nad własnymi jednostkami, polegającą na dominującym wpływie na cele strategiczne oraz istotne decyzje dotyczące zarządzania sprawami tej osoby prawnej,

2)zamawiający sprawuje nad wspólnikami PGK ZO (Invest Puck sp. z o.o. oraz Pucka Gospodarka Komunalna sp. z o.o.) kontrolę odpowiadającą kontroli sprawowanej nad własnymi jednostkami, polegającą na dominującym wpływie na cele strategiczne oraz istotne decyzje dotyczące zarządzania sprawami tych osób prawnych,

3)wspólnicy PGK ZO (Invest Puck sp. z o.o. oraz Pucka Gospodarka Komunalna sp. z o.o.) sprawują nad PGK ZO kontrolę, o której mowa w art. 214 ust. 1 pkt 11) lit. a) ustawy Pzp,

- podczas gdy sam fakt ogólnych lub teoretycznych powiązań nie jest wystarczającą przesłanką do uznania spełnienia rzeczzonego warunku kontroli,

4.art. 214 ust. 1 pkt 11) lit. b) w zw. z art. 214 ust. 6 w zw. z art. art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 58 § 1 i 2 w zw. z art. 83 § 1 ustawy Kodeks cywilny (t.j. Dz. U. z 2022 r., poz. 1360 ze zm., dalej: „k.c.”)poprzez nieprawidłowe uznanie, że ze sporządzonych „opinii specjalistów” wynika, że ponad 90% działalności kontrolowanej osoby prawnej (PGK ZO) dotyczy wykonywania zadań:

1)powierzonych PGK ZO przez zamawiającego sprawującego kontrolę,

2)powierzonych PGK ZO przez wspólników PGK ZO (Invest Puck sp. z o.o. oraz Pucka Gospodarka Komunalna sp. z o.o.)

- podczas gdy niniejsza przesłanka nie została spełniona, a „opinie specjalistów” zostały sporządzone dla pozorów oraz nie mogą być kwalifikowane w szczególności jako „wiarygodne” prognozy handlowe,

5.art. 214 ust. 1 pkt 11) lit. c) ustawy Pzp poprzez nieprawidłowe uznanie, że:

1)w PGK ZO nie ma bezpośredniego udziału kapitału prywatnego,

2)w Invest Puck sp. z o.o. oraz Pucka Gospodarka Komunalna sp. z o.o. (wspólnicy PGK ZO) nie ma bezpośredniego udziału kapitału prywatnego,

6.art. 213 ust. 1 w zw. z art. 217 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1), 2) i 3) oraz art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 58 § 1 i 2 w zw. z art. 83 § 1 ustawy Kodeks cywilny poprzez zamiar udzielenia przez zamawiającego zamówienia publicznego na rzecz PGK ZO podczas, gdy zamawiający nie przeprowadził z PGK ZO negocjacji w sposób wymagany przepisami,

Zarzuty odnoszące się do nieważności czynności prawnej na podstawie bezwzględnie obowiązujących przepisów prawa:

7.art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 58 § 1 ustawy Kodeks cywilny w zw. z art. 2 oraz art. 4 ust. 1 pkt 1) ustawy z dnia 20 grudnia 1996 r. o gospodarce komunalnej (t.j. Dz. U. z 2021 r., poz. 679 ze zm., dalej: „u.g.k.”) w zw. z art. 18 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym (t.j. Dz. U. z 2023 r., poz. 40 ze zm., dalej: „u.s.g.”) w zw. z art. 214 ust. 1 pkt 11) lit. b) ustawy Pzp poprzez powzięcie zamiaru zawarcia umowy bez wymaganych przepisami szczególnymi uchwał Rady Miasta w przedmiocie wyboru formy prowadzenia gospodarki komunalnej, która to uchwały podlegają kontroli sądowo-administracyjnej,

8.art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 58 § 1 i 2 ustawy Kodeks cywilny zw. z art. 107 ust. 1, art. 108 ust. 3 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (dalej „TFUE”) z uwagi na niezgodną z prawem czynność zamawiającego, która prowadzi do udzielenia na rzecz wykonawcy PGK ZO niezgodnej z przepisami Traktatu pomocy publicznej oraz przez zaniechanie przez zamawiającego skierowania do Komisji Europejskiej notyfikacji o zamiarze udzielenia pomocy publicznej na rzecz PGK ZO,

9.art. 226 ust. 1 pkt 3, 4, 5 i 7 w zw. z art. 16 pkt 1 w zw. z art. 17 ust. 1 Pzp w zw. z art. 18 Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE (Dz.U.UE.L.2014.94.65 ze zm.) w zw. z art. 4 pkt 1 lit. a) w zw. z art. 9 ust. 1 w zw. z art. 9 ust. 2 pkt 5 i art. 9 ust. 3 oraz art. 6 ust. 1 pkt 6 i art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (t.j. Dz. U. z 2023, poz. 1689 ze zm., dalej: „u.o.k.k.”) w zw. z art. 3 w zw. z art. 15 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2022 r., poz. 1233 ze zm., dalej: „u.z.n.k.”) w zw. z art. 58 § 1 i 2 w zw. z art. 5 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (oraz art. 49, art. 56, art. 101 ust. 1, art. 102 i art. 106 oraz art. 107 Traktatu o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej (Dz.U.2004.90.864/2 ze zm.) poprzez:

1)zamiar udzielenia zamówienia in-house na rzecz PGK ZO podczas, gdy PGK ZO znajduje się w uprzywilejowanej pozycji wobec pozostałych wykonawców (w szczególności ze względu na faktyczne wykorzystywanie przez PGK

środków publicznych otrzymywanych pośrednio od innych spółek, w których 100% udziałów posiada zamawiający oraz możliwość uzyskiwania tzw. „subsydiowania krzyżowego”),

- 2) utworzenie PGK ZO w celu udzielenia tej spółce zamówienia z wolnej ręki „in-house” (w sytuacji braku spełnienia przesłanek z art. 214 ust. 1 pkt 11 ustawy Pzp) przez wspólników PGK ZO do tej pory działających na rynku) oraz wykluczenia pozostałych przedsiębiorców działających na rynku przez co naruszone zostają zasady uczciwej konkurencji, ma miejsce nadużycie pozycji dominującej na rynku właściwym poprzez przeciwdziałanie ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji oraz ma miejsce rażące nadużycie prawa,

10. art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 58 § 1 i 2 ustawy Kodeks cywilny w zw. z art. 166 Konstytucji i motywu (6) i (7) Dyrektywy 2014/24/UE i art. 107 ust. 1, art. 14 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej poprzez uznanie, że w niniejszej sprawie udzielenie zamówienia bezpośredniego „in-house” dotyczy usług zdefiniowanych jako „usługi świadczone w ogólnym interesie gospodarczym” (dalej „UOIG”), a w związku z tym nie podlega zakazowi udzielenia pomocy publicznej, podczas gdy jeżeli na rynku istnieją podmioty podejmujące się i mogące podjąć się wykonania zamówienia na warunkach jak planowane przez zamawiającego w zamówieniu, usługa taka nie spełnia kryteriów UOIG, w związku z tym zamówienie in-house nie służy celom wskazanym w Dyrektywie, a także jest niezgodna z przepisami dot. pomocy publicznej,

Zarzuty odnoszące się do naruszenia przepisów ustawy Pzp mających zastosowanie do trybu z wolnej ręki:

11. art. 17 ust. 1 pkt 1) i 2) ustawy Pzp oraz art. 44 ust. 3 pkt 1) lit. a) i b) ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych, poprzez wykluczenie możliwości:

- 1) udzielenia zamówienia w sposób zapewniający najlepszą jakość usług, uzasadnioną charakterem zamówienia, w ramach środków, które zamawiający może przeznaczyć na jego realizację,
- 2) uzyskanie najlepszych efektów zamówienia, w tym efektów społecznych, środowiskowych oraz gospodarczych, o ile którykolwiek z tych efektów jest możliwy do uzyskania w danym zamówieniu, w stosunku do poniesionych nakładów,

12. art. 83 ust. 1 ustawy Pzp w zakresie obowiązku zamawiającego do sporządzenia rzetelnej analizy potrzeb zamawiającego, obejmującej porównanie możliwych efektów udzielenia zamówienia w wariantach wykonania zamówienia „własnymi siłami” lub zlecenia na rzecz osób trzecich,

13. art. 35 ust. 1 pkt 2) i 99 ust. 1 ustawy Pzp i 106 ust. 1 TFUE poprzez niewłaściwe ustalenie wartości przedmiotu zamówienia, nieoparte żadnymi wyliczeniami, co prowadzić musi do uznania, że „rekompensata” za świadczenie usług publicznych przyznana PGK ZO na podstawie planowanej umowy nie nawiązuje do żadnych uwarunkowań gospodarczych, a zw. z tym jest zakazana przez przepisy prawa,

14. art. 214 ust. 9 w zw. z art. 57 w zw. z art. 112 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zamiar udzielenia zamówienia na rzecz podmiotu, który nie posiada zasobów niezbędnych do wykonania jego przedmiotu, a tym samym poprzez wprowadzenie podwykonawstwa w celu uniknięcia stosowania przepisów ustawy.

Odwolujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości, nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności polegającej na wyborze procedury z wolnej ręki dla przedmiotowego zamówienia, unieważnienie czynności zamawiającego zmierzającej do zawarcia z PGK umowy z wolnej ręki.

Odwolujący ponadto, na podstawie art. 267 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej wniósł o skierowanie przez Sąd do Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej pytań prejudycjalnych o następującej treści:

1. czy art. 12 ust. 1 Dyrektywy 2014/24/UE w związku z art. 106 ust. 1 i art. 107 ust. 1 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej w oparciu o wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z 3.10.2019 r. ws. „Irgita” C-285/18 należy interpretować w ten sposób, że sprzeciwia się wyłączeniu przez instytucję zamawiającą zamówienia spod zastosowania Dyrektywy 2014/24/UE, jeżeli inne podmioty gospodarcze na rynku są gotowe realizować jego przedmiot na warunkach konkurencyjnych (w tym cenowych lub jakościowych)?

2. czy art. 12 ust. 1 Dyrektywy 2014/24/UE w związku z art. 106 ust. 1 i art. 107 ust. 1 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej należy interpretować w ten sposób, że sprzeciwia się wyłączeniu przez instytucję zamawiającą zamówienia na świadczenie usług spod zastosowania Dyrektywy 2014/24/UE oraz jego udzieleniu osobie prawa prywatnego lub publicznego, jeżeli potrzeby odbiorców tych usług są już zaspokojone?

Odnosząc się do zarzutu nr 1 Odwołujący wskazał w szczególności, iż uzasadnienie zadysponowania środkami publicznymi zostało zawarte na kilkunastu liniach tekstu o dużym stopniu ogólności, a działania zamawiającego podejmowane były w zasadzie bez jakichkolwiek konsultacji, z bardzo utrudnionym dostępem do informacji. Odwołujący podniósł, iż Zamawiający zobowiązany jest do szerokiego uzasadnienia decyzji o zamiarze udzielenia zamówienia z wolnej ręki, co wynika z faktu, że omawiany tryb jest wyjątkiem od zasady konkurencyjności zamówień publicznych. Powołał się na orzecznictwo wskazujące, że to na Zamawiającym spoczywa obowiązek wykazania istnienia przesłanek

do zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki, a wykazanie to i zastosowanie trybu niekonkurencyjnego, jako odstępstwo od zasady udzielania zamówień w trybach konkurencyjnych, nie może budzić żadnych wątpliwości. Odwołujący podkreślił, że potencjalni inni wykonawcy w dniu publikacji ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy nie posiadają dokumentacji umożliwiającej weryfikację prawidłowości zastosowania omawianego trybu. Zasadniczo konieczne jest bowiem złożenie wniosku o udostępnienie dokumentacji/informacji (w tym publicznej) do zamawiającego, względnie innych organów (podmiotów) będących w jej posiadaniu. Tego rodzaju proces może być czasochłonny oraz całkowicie niespójny z przepisami regulującymi termin na skorzystanie przez potencjalnych wykonawców ze środków ochrony prawnej. Odwołujący zwrócił uwagę na uregulowanie terminów na wniesienie odwołania (art. 515 ustawy Pzp - w niniejszej sprawie 5 dni). Tymczasem po złożeniu wniosku o udostępnienie informacji publicznej organ (właściwy podmiot) uprawniony jest do jej udostępnienia w terminie 14 dni od złożenia wniosku — chyba że zachodzą okoliczności wyjątkowe, które dają podstawę do udostępnienia dopiero po 2 miesiącach. Oznacza to, że w praktyce potencjalni wykonawcy doznają rażących ograniczeń (w tym są pozbawiani) w możliwości kwestionowania zastosowania przez zamawiającego zamówienia z wolnej ręki in-house. Tym samym racjonalność ustawodawcy odzwierciedlana jest w konieczności interpretacji zarzucanych przepisów w taki sposób, iż nakładają one na zamawiającego obowiązek przytoczenia wszelkich argumentów uzasadniających zastosowanie zamówienia in-house. W ocenie Odwołującego wola racjonalnego ustawodawcy znajduje więc pełne odzwierciedlenie w stwierdzeniu, że zamawiający powinien w ramach uzasadnienia powołać nie tylko szczegółowe informacje potwierdzające spełnianie przesłanek w szczególności z art. 214 ust. 1 pkt 11 ustawy Pzp, lecz również odnieść się do wszelkich dokumentów źródłowych odnoszących się do rzeczonych przesłanek - udostępniając materiały w sposób umożliwiający niezwłoczną (natychmiastową) weryfikację przez zainteresowane podmioty. Tego rodzaju działanie mogłoby polegać w szczególności na udostępnieniu łącza internetowego (linku) do elektronicznej bazy danych, względnie poinformowania o możliwości zapoznania się z materiałami w siedzibie zamawiającego. Odwołujący wskazał, iż Zamawiający w treści ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy w sposób niezwykle lakoniczny uzasadnia zastosowanie trybu in-house - w zasadzie przytaczając jedynie przepisy oraz kształtując uzasadnienie faktyczne wyłącznie na 12 liniach tekstu. Zamawiający w ogóle nie odniósł się w szczególności do takich zagadnień, jak: czy/w jaki sposób wspólnicy PGK ZO kontrolują PGK ZO zamawiający wskazuje w uzasadnieniu jedynie to, w jaki sposób zamawiający rzekomo kontroluje wspólników PGK ZO), czy/w jaki sposób zamawiający kontroluje PGK ZO (zamawiający wskazuje w uzasadnieniu jedynie to, w jaki sposób zamawiający rzekomo kontroluje wspólników PGK ZO), jaka konkretnie wartość (% działalności) wynika z rzekomych prognoz handlowych (zamawiający enigmatycznie wskazuje jedynie, że „Procent działalności przekracza ustawowe minimum 90%”). Brak wartości merytorycznej uzasadnienia zawartego w ogłoszeniu o zamiarze zawarcia umowy z 13.10.2023 r. jest analogiczny do braku wartości merytorycznej analogicznego uzasadnienia ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy z 15.09.2023 r. Zdaniem Odwołującego informacje/dokumenty udostępnione przez zamawiającego na etapie ogłoszenia powinny być ujawnione w tak szerokim zakresie, aby podmiot zainteresowany nie był zobowiązany do podejmowania dalszych działań celem uzyskania do nich wglądu (w szczególności poprzez składanie wniosków o udostępnienie informacji publicznej/przetargowej). Przeciwnie działanie jest wprost sprzeczne z zasadą jawności zamówień oraz wprost ogranicza możliwość korzystania ze środków ochrony prawnej - co ma miejsce w niniejszej sprawie.

Uzasadniając zarzut nr 2 Odwołujący wskazał, iż zgodnie z art. 112 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający zobowiązany jest do określenia warunków udziału w postępowaniu w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania umowy. Z niniejszym przepisem w zamówieniach publicznych w przedmiocie odbioru odpadów komunalnych koresponduje art. 6d ust. 4 ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (t.j. Dz. U. z 2021 r., poz. 888 ze zm.). Wskazany przepis stanowi, że w tego rodzaju sytuacjach (zamówienie na odbiór odpadów) konieczne jest określenie przez zamawiającego w dokumentach zamówienia określonych informacji. Tymczasem Zamawiający w niniejszej sprawie nie wskazał w dokumentacji: jakie są wymogi przekazywania odebranych zmieszanych odpadów komunalnych do instalacji komunalnych, jakie są rodzaje odpadów komunalnych odbieranych selektywnie od właścicieli nieruchomości, jaki jest standard sanitarny wykonywania usług oraz ochrony środowiska, obowiązku prowadzenia dokumentacji związanej z działalnością objętą zamówieniem, szczegółowego sposobu postępowania w przypadku stwierdzenia nieselektywnego zbierania odpadów, instalacji (w szczególności instalacji komunalnych), do których PGK ZO zobowiązana byłaby przekazywać odebrane odpady, jakie są szczegółowe wymagania stawiane w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, obowiązku zagospodarowania odpadów komunalnych zgodnie z hierarchią sposobów postępowania z odpadami. Powyższy przepis w sposób imperatywny stanowi, że zamawiający zobowiązany jest do określenia w dokumentacji zamówienia ww. informacji/wymogów. Odwołujący powołał się w tym zakresie na wyrok Sądu Okręgowego w Nowym Sączu z dnia 19.02.2015 r. (III Ca 709/14). Omawiany obowiązek wynika także ze szczególnego charakteru usług odbioru odpadów komunalnych, który jest związany z zapewnieniem bezpieczeństwa sanitarnego mieszkańców a także z posiadaniem przez wykonawcę wymaganych uprawnień.

Uzasadniając zarzut 3 Odwołujący wskazał, iż Zamawiający w uzasadnieniu powołuje jedynie (bardzo ogólnie, lakonicznie), w jaki sposób Zamawiający rzekomo kontroluje wspólników wykonawcy. Tymczasem przepis wymaga nie

tylko istnienia kontroli pomiędzy zamawiającym a współnikami wykonawcy - lecz wedle art. 214 ust. 1 pkt 11) lit. a) ustawy Pzp kontrola ma występować w szczególności w relacji: 1. zamawiający - wykonawca zamówienia in-house, 2. wspólnik wykonawcy (kontrolowany przez zamawiającego) - wykonawca zamówienia in-house. Zamawiający w ogóle nie wyjaśnia, czy tego rodzaju kontrola (z pkt. 1. 2. powyżej) istnieje lub na czym miałaby polegać. Zgodnie z orzecznictwem Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, kontrola sprawowana przez instytucję zamawiającą powinna być skuteczna, strukturalna oraz funkcjonalna (zob. wyr. TSUE z 29.11.2012 r. ws. C-182/11 i C-183/11 oraz wskazane tam orzecznictwo). Oznacza to, że sama „teoretyczna” możliwość wpływu na spółkę nie jest wystarczająca. Konieczne jest bowiem faktyczne, rzeczywiste realizowanie określonych uprawnień kontrolnych. Wskazuje na to użycie przez ustawodawcę w art. 214 ust. 11 lit. a) ustawy Pzp sformułowań „sprawuje”, „wpływa”, „zarządzanie”. Przepis jednoznacznie uszczegóławia, na czym kontrola musi polegać - tj. na realnych działaniach i dominującym wpływie na: cele strategiczne oraz decyzje związane z zarządzaniem sprawami osoby prawnej. Przepis obowiązuje do spełniania obu przesłanek jednocześnie (tj. zarówno w zakresie kontroli nad decyzjami strategicznymi, jak i decyzjami w zakresie bieżącego zarządzania). Brak jest możliwości posiadania jakiegokolwiek wpływu na decyzje odnośnie zarządzania spółką, jeżeli nie jest się bezpośrednio zaangażowanym w jej codzienną działalność. Prowadzenie przez spółkę działalności gospodarczej i zarządzanie jej sprawami wymaga istotnej aktywności, w tym bieżącego reagowania na wszelkie czynniki/okoliczności zarówno rynkowe, jak i wynikające z relacji z kontrahentami.

Co istotne zdaniem Odwołującego z systemowego punktu widzenia: 1) zgromadzenie wspólników w sp. z o.o. nie jest organem zarządczym. Jest nim wyłącznie zarząd. Podejmowanie decyzji przez zgromadzenie wspólników odbywa się na podstawie sformalizowanej procedury - tj. uchwał określonych w sporządzonym protokole posiedzenia zgromadzenia wspólników. Zarząd natomiast uprawniony jest do działania w imieniu i na rzecz spółki bez tego rodzaju „formalnych” procedur - np. dla zawarcia umowy może być wystarczające złożenie podpisów przez członka zarządu. Przepisy wskazują na dwa „rodzaje” zgromadzeń wspólników - tj. zwyczajne (w trakcie, którego rozpatrywane są kwestie dot. rocznej działalności spółki, w tym finansowe) oraz nadzwyczajne. Słowo „nadzwyczajne” oznacza, że tego rodzaju zgromadzenie wspólników powinno być zwoływane w sytuacjach wyjątkowych, pilnych, awaryjnych - a nie na potrzeby podejmowania codziennych decyzji (albowiem takowe nie cechują się „nadzwyczajnością” - lecz wręcz przeciwnie, powszedniością); 2. rada nadzorcza także nie jest organem zarządczym (lecz jedynie kontrolnym - zupełnie inna funkcja w strukturze wewnętrznej spółek z o.o.). Rada nadzorcza nie ma wpływu na sposób funkcjonowania spółki, nie może wydawać zarządowi wiążących poleceń. Zamawiający twierdzi, że rada nadzorcza może decydować o wyborze i odwołaniu członków zarządu - tymczasem jest to zagadnienie wtórne, pozostające całkowicie bez znaczenia wobec tego, że decyzje podjęte przez zarząd (który jest następnie odwoływany przez radę nadzorczą) i tak pozostają w mocy prawnej (wywołują skutki wobec osób trzecich). Innymi słowy - jeżeli zarząd zawarł kontrakt, to późniejsze odwołanie członków zarządu (np. ze względu na to, że rada nadzorcza stwierdzi, że zarząd zadziałał wbrew polityce przyjmowanej przez radę nadzorczą) nie ma wpływu na to, że ten kontrakt dalej obowiązuje. W ogłoszeniu z 15.09.2023 r. zamawiający twierdził, że samodzielnie kontroluje PGK ZO (w tym, że posiada 100% udziałów w PGK ZO). Tymczasem w niniejszej sprawie (ogłoszenie z 13.10.2023 r.) zdaje się twierdzić (niniejsze nie jest jasne ze względu na lakoniczność uzasadnienia), że jednak PGK ZO jest kontrolowana przez wspólników PGK ZO. Argumentacja Zamawiającego jest wewnętrznie sprzeczna - co podważa twierdzenia o występowaniu jakiegokolwiek kontroli.

Odwołujący wskazał ponadto, iż przesłanka „kontroli” nie jest spełniona również m. in. ze względu na fakt, że: 1. wspólnicy PGK ZO aktywnie działają na rynku komercyjnym (w tym konkurując z innymi, prywatnymi przedsiębiorcami), 2. po opublikowaniu ogłoszenia z 15.09.2023 r. rzekome negocjacje pomiędzy zamawiającym a PGK ZO nie doszły do skutku (skoro zamawiający nie może „wywrzeć” na PGK ZO wpływu takiego, aby zakończyć negocjacje zawarciem umowy, to tym bardziej nie jest spełniona wobec PGK ZO przesłanka kontroli, o której mowa w przepisie). Zamawiający nie sprawuje więc kontroli (o której mowa w przepisie) zarówno nad PGK ZO, jak i jej współnikami. Analogicznie - wspólnicy PGK ZO nie sprawują kontroli nad PGK ZO.

W zakresie zarzutu 4 Odwołujący podniósł, iż w ogłoszeniu z 15.09.2023 r. Zamawiający twierdził, że „Ponad 90% działalności kontrolowanej Spółki dotyczy wykonywania zadań powierzonych jej przez Zamawiającego.” Jest to wprost nawiązanie do przesłanki, o której mowa w art. 214 ust. 1 pkt 11) lit. b) w zw. z art. 214 ust. 5 ustawy Pzp. Tymczasem w ogłoszeniu z 13.10.2023 r. zamawiający twierdzi enigmatycznie, że „Procent działalności przekracza ustawowe minimum 90%” - nawiązując do rzekomych wiarygodnych prognoz handlowych. Jest to wprost nawiązanie do przesłanki, o której mowa w art. 214 ust. 1 pkt 11) lit. b) w zw. z art. 214 ust. 6 ustawy Pzp. Argumentacja zamawiającego również w zakresie niniejszej przesłanki jest wewnętrznie sprzeczna. Z jednej strony zamawiający twierdzi bowiem, że PGK wykonywała na rzecz zamawiającego określone działania tytułem powierzenia (mimo, że nie została jeszcze ówczesnie wpisana do KRS), natomiast na potrzeby kolejnego zamówienia (ogłoszenie opublikowane po ok. 3 tygodniach) retoryka zamawiającego ulega zmianie i jest uzasadniana rzekomymi „prognozami handlowymi”. Świadczy to o całkowitej pozorności podejmowanych działań, a tym samym podważa spełnienie przesłanki z art. 214 ust. 1 pkt 11) lit. b) Pzp. Prognozy handlowe, na które powołuje się zamawiający, zostały sporządzone w sposób nieprawidłowy - w szczególności ze względu na to, że zostały sporządzone wyłącznie dla pozorów. Ze względu na lakoniczność uzasadnienia (w tym brak

udostępnienia przez zamawiającego jakichkolwiek dokumentów związanych z zamówieniem), Odwołujący odniesie się do poszczególnych treści rzekomych prognoz po ich udostępnieniu przez Zamawiającego (przy czym Odwołujący podkreślił, że już na tym etapie całkowicie podważa ich treść oraz rzetelność - szczególnie ze względu na ww. pozorność i brak wiarygodności).

Uzasadniając zarzut 5 Odwołujący wskazał, iż nieprawdą jest to, że w PGK ZO (oraz w spółkach wspólników PGK) brak jest bezpośredniego udziału kapitału prywatnego. Przepisy nie utożsamiają udziału, o którym mowa w art. 214 ust. 1 pkt 11) lit. c) ustawy Pzp z udziałami wspólników w kapitale zakładowym spółki. Wręcz przeciwnie - art. 12 ust. 1 lit. c) Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE (Dz.U.UE.L.2014.94.65 ze zm.) w wersji anglojęzycznej posługuje się sformułowaniem „participation” (co oznacza szeroko rozumianą „partycypację” „zaangażowanie”): „there is no direct private capital participation in the controlled legal person with the exception of non-controlling and non-blocking forms of private capital participation required by national legislative provisions, in conformity with the Treaties, which do not exert a decisive influence on the controlled legal person.”

W zakresie zarzutu 6 Odwołujący podniósł, iż wedle wskazanych w zarzucie (petitum) przepisów zamawiający zobowiązany jest do przekazania wykonawcy zaproszenia do negocjacji oraz ich przeprowadzenia z wykonawcą. W ramach poprzedniego zamówienia (określonego ogłoszeniem o zamiarze zawarcia umowy z 15.09.2023 r.) zamawiający poinformował odwołującego, że negocjacje nie doszły do skutku. Skoro zamawiający nie przeprowadził negocjacji z PGK ZO w ramach zamówienia określonego ww. ogłoszeniem z 15.09.2023 r. to tego rodzaju sytuacja również podważa fakt przeprowadzenia negocjacji w ramach niniejszego zamówienia. Tymczasem celem negocjacji jest w szczególności: dokonanie oceny tego, czy wykonawca posiada zasoby umożliwiające prawidłową realizację przedmiotu zamówienia, czy wykonawca nie podlega pod którąkolwiek przesłankę wykluczenia (art. 108 ustawy Pzp), ustalenie zasad współpracy - przede wszystkim poprzez wynegocjowanie treści przyszłej umowy. Powyższa analiza sytuacji wykonawcy wynika m. in. z art. 217 ust. 2 ustawy Pzp, wedle którego zamawiający może zobowiązać wykonawcę do przedłożenia oświadczenia o niepodleganiu wykluczeniu, spełnianiu warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji oraz podmiotowych środków dowodowych. Odwołujący wskazał ponadto, iż przedmiotowy zarzut pozostaje w związku z innymi zarzutami określonymi w odwołaniu, odnoszącymi się do całkowitej dowolności wyboru przez zamawiającego trybu zamówienia z wolnej ręki in-house, bez przeprowadzenia jakichkolwiek analiz odnośnie tego, czy PGK posiada potencjał/zasoby do realizacji jego przedmiotu.

W zakresie zarzutu 7 Odwołujący podniósł, iż Zamawiający dokonał zaskarżonej czynności - ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy, bez podstawy prawnej, którą co do zasady może kształtować uchwała Rady Miasta Puck, o której mowa w art. 4 u.g.k.. Odwołujący przytoczył ww. przepis wskazując, iż uchwały podejmowane na podstawie art. 4 ust. 1 pkt. 1) u.g.k. są kluczowymi, jeżeli chodzi o realizację zadań własnych przez gminę oraz wpływają w istotnej mierze na atrakcyjność i kierunki rozwoju gminy. Uchwały wydawane na podstawie art. 4 u.g.k. podlegają kontroli sądowo-administracyjnej oraz w trybie administracyjnym pod względem formalnym (np. spełnienia warunków podjęcia uchwały - zachowania kworum, wymaganego trybu zwołania, dyskusji, gdyż różni radni mogą mieć różne opinie na dany temat), jak i pod względem zgodności z prawem i celowości. Brak takiej uchwały stanowi o podjęciu przez zamawiającego - gminę - czynności bez upoważnienia wymaganego ustawą, to jest z przekroczeniem kompetencji. Odwołujący powołał się na wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Olsztynie, z dnia 8 września 2011 r. sygn. akt I SA/OI 458/11. Wskazał, że powierzenie spółce komunalnej wykonywania zadania na podstawie przepisów ustawy Pzp z zastosowaniem trybu z wolnej ręki, w rozumieniu art. 4 u.g.k. jest zmianą formy prowadzenia gospodarki komunalnej w porównaniu z udzieleniem zamówienia podmiotowi trzeciemu na podstawie tej samej ustawy w trybie procedury konkurencyjnej. Potwierdza to teza zawarta w wyroku WSA we Wrocławiu z dnia 15 czerwca 2005 r. (II SA/Wr 169/05). Reasumując, czynność prawna Zamawiającego - publikacja ogłoszenia z dnia 13.10.2023 r., jako podjęta z przekroczeniem umocowania, zdaniem Odwołującego narusza bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa i jest nieważna z mocy prawa.

Uzasadniając zarzut 8 i 10 odwołania podkreślono, iż planowane udzielenie zlecenia bezpośredniego na rzecz PGK ZO jest uprzywilejowaniem tego przedsiębiorcy na rynku a tym samym stanowi pomoc publiczną. Odwołujący wskazał na art. 107 TFUE oraz art. 14 TFUE, podniósł, iż stosownie do przepisów Dyrektywy 2014/24/UE możliwość wyłączenia spod reguł konkurencyjnych danego zamówienia poprzez zlecenie bezpośrednie - „in-house”- dotyczy m.in. usług świadczonych w ogólnym interesie gospodarczym (UOIG). Natomiast zgodnie z wytycznymi Komisji Europejskiej nie można mówić o usługach świadczonych w ogólnym interesie gospodarczym, jeżeli są one zapewniane przez rynek na odpowiednim poziomie, w szczególności jeżeli pewne jest, że dana usługa jest powszechnie dostępna w sensie geograficznym a cena za nabycie danej usługi nie blokuje możliwości jej nabycia. Odwołujący zauważył, iż Komisja, w wydawanych dokumentach wiele razy zwracała uwagę na powiązanie UOIG z następującymi okolicznościami: 1) na rynku nie istnieje wystarczająca podaż usług, lub usługi świadczone są na poziomie niższym niż wymagany przez organy administracyjne (państwo członkowskie), 2) usługa nie jest „samofinansująca się”- koszty świadczenia usługi na wymaganym poziomie przewyższają możliwości nabywców usług (np. służba zdrowia, uruchomienie linii transportowej

mimo jej nierentowności, itp.). - jednocześnie wskazując, że nie jest prawidłowe obejmowanie UOIG tych usług, co do których istnieje podaż na rynku na wymaganym poziomie i przy odpowiedniej infrastrukturze. Budowanie infrastruktury równoległej i organizowanie świadczenia (również odpłatnego) „obok” funkcjonującego na rynku nie może korzystać z przywilejów SGEI, a przede wszystkim z możliwości uznania, że takie działanie nie stanowi naruszenia konkurencji przez niedopuszczalną pomoc publiczną na rzecz publicznych przedsiębiorstw (art. 107 TFUE) Zgodnie ze stanowiskiem Komisji Europejskiej, o UOIG można mówić jedynie wówczas, gdy są to usługi, których żadne przedsiębiorstwo, ze względu na swój interes gospodarczy, w ogóle nie zdecydowałoby się świadczyć lub nie zdecydowałoby się świadczyć na tych samych warunkach lub w tym samym zakresie bez interwencji publicznej, w jakim usługa ta jest świadczona przez podmiot, któremu została zlecona przy zachowaniu interwencji publicznej.

Odwołujący podkreślił, że rozważałby świadczenie usługi objętej niniejszym postępowaniem. Ponadto wskazał, iż Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu: „Postępowanie: ZP.271.22.2023.AR Odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych położonych na terenie Gminy Puck w okresie od dnia 1 stycznia 2024 r. do dnia 31 grudnia 2024 r. w podziale na 2 części.” (<https://platformazakupowa.pl/transakcja/811126>). Zdaniem Odwołującego świadczy to o tym, że rynek objęty omawianym zamówieniem in-house jest wedle zamawiającego kwalifikowany jako będący przedmiotem zainteresowania również innych przedsiębiorców (a nie tylko PGK). Powyższe oznacza, że zastosowanie trybu z wolnej ręki rażąco narusza zasady rynku wspólnego i jest niedopuszczalne w świetle prawa. Podjęcie takiej czynności wymagałoby uprzedniego zgłoszenia Komisji Europejskiej. Wg wiedzy odwołującego taka notyfikacja nie została złożona przez zamawiającego. Stosownie do wyroku C-284/12 sądy państw członkowskich (w tym Krajowa Izba Odwoławcza- orzeczenie C- 465/11) są zobowiązane do uwzględniania w orzecznictwie okoliczności związanych z możliwością wystąpienia nieuprawnionej pomocy publicznej - nawet jeżeli sprawa nie była przedmiotem rozstrzygnięcia Komisji Europejskiej. „W sytuacji gdy sąd krajowy ma wątpliwości, czy rozpatrywany środek stanowi pomoc państwa w rozumieniu art. 107 ust. 1 TFUE, lub wątpliwości co do ważności lub wykładni decyzji o wszczęciu formalnego postępowania wyjaśniającego, z jednej strony może on zwrócić się do Komisji o wyjaśnienia, a z drugiej strony może on lub powinien zgodnie z art. 267 akapity drugi i trzeci TFUE zwrócić się z pytaniem prejudycjalnym do Trybunału.”

Uzasadniając zarzut 9 Odwołujący wskazał, iż jednostronny wybór przez Zamawiającego wyłącznie jednego podmiotu (spośród wielu działających na lokalnym rynku) do realizacji zadania (przedmiotu in-house) powoduje rażące uprzywilejowanie PGK ZO wobec pozostałych przedsiębiorców działających na rynku. Problematyka komercyjnej działalności tego rodzaju podmiotów (konkurujących z prywatnymi przedsiębiorcami, którzy nie „obracają” środkami publicznymi) była przedmiotem analiz m. in. NIK - która dopatrzyła się licznych naruszeń prawa dokonywanych przez spółki komunalne lub macierzyste gminy. Odwołujący wskazał na nierynkowe dokapitalizowania PGK ZO: Skoro PGK ZO uzyska wsparcie ze środków publicznych (realizacja in-house) - to korzyści z tym związane są w szczególności następujące: uzyskiwanie (stałych, pewnych, przewidywalnych) przychodów („stałe źródło finansowe”), możliwość podejmowania większego ryzyka gospodarczego w ramach innych działalności (w szczególności składając oferty w innych zamówieniach publicznych), zwiększenie zdolności finansowych (w tym na potrzeby uzyskiwania kredytów i pożyczek), możliwość rozwoju działalności gospodarczej z punktu widzenia posiadanych zasobów (zakup sprzętu, maszyn, specjalistycznych urządzeń, możliwość zatrudnienia dodatkowego, wyspecjalizowanego personelu), pozyskanie referencji (niezbędnych np. do uczestnictwa w zamówieniach publicznych w trybach konkurencyjnych), pozyskanie biznesowej i faktycznej pozycji na rynku. Powyższe korzyści mogą zostać wykorzystane przez PGK ZO do konkurowania z innymi przedsiębiorcami w ramach innych zamówień publicznych (przetargach). Co do zasady spółka komunalna posiadająca „podmiot publiczny” jako współnika może podejmować dalej idące ryzyka biznesowo-gospodarcze, niż prywatni przedsiębiorcy. Spółka komunalna posiada bowiem „zabezpieczenie” w postaci pewności co do tego, że w razie braku rentowności podejmowanych działań, ewentualne straty będą kompensowane ze środków publicznych. Przykładowo, składając ofertę w przetargu, spółka komunalna zasadniczo może zaoferować cenę w niższej wysokości, niż pozostali prywatni przedsiębiorcy. Tego rodzaju sytuacje wykluczają prywatnych przedsiębiorców z rynku oraz zakłócają mechanizmy konkurencji. Odwołujący wskazał, iż ta problematyka podnoszona jest przez NIK i powołał się na fragmenty z publikacji NIK.

Dalej Odwołujący wskazał na subsydiowanie skrośne: Mechanizm subsydiowania skrośnego polega na pokrywaniu kosztów usług i dostaw dla jednej z grup odbiorców, wpływami z umów od innych grup odbiorców. Subsydiowanie skrośne oceniane jest jako czyn nieuczciwej konkurencji, Odwołujący powołał się na orzecznictwo KIO wskazujące, iż takie zachowanie jest nie tylko naganne z punktu widzenia dobrych obyczajów, ale też stanowi przejaw manipulacji cenami oferowanymi. Odwołujący wyjaśnił, iż w niniejszej sprawie subsydiowanie skrośne może przybrać postać wykorzystania uzyskanych z realizacji zadania własnego (in-house) środków finansowych (w ramach wynagrodzenia) do konkurowania z prywatnymi przedsiębiorcami na rynku. Spółka np. realizując inne zamówienia „na granicy opłacalności” ma możliwość finansowania tak powstałych kosztów (względnie strat) wynagrodzeniem wynikającym z realizacji zadania z niniejszego in-house. Pozostali przedsiębiorcy nie są uprawnieni do wykorzystywania środków publicznych do konkurowania na rynku

zamówień publicznych (nierównowaga rynkowa) - korzystają wyłącznie z funduszy pozyskiwanych z działalności konkurencyjnej. Odwołujący wskazał też na stosowanie preferencyjnych warunków kontraktowych: Skoro PGK ZO jest rzekomo „podmiotem wewnętrznym zamawiającego”, to również na etapie realizacji przedmiotu zamówienia publicznego spółka będzie działać w warunkach preferencyjnych. Dotyczy to w szczególności płatności kar umownych za ewentualne niewykonanie albo nienależyte wykonanie zamówienia publicznego. Zamawiający co do zasady ma prawną możliwość dokapitalizowywania spółki komunalnej - w tym kompensaty ewentualnych strat wynikających z płatności kar umownych. Oznacza to, że ewentualnie uiszczane kary umowne nie będą faktycznie negatywnie wpływać na działalność PGK, ponieważ będą mogły być następnie kompensowane przez podmiot, na rzecz którego były płacone (pośrednio/bezpośrednio). Powyższe również wpływa bezpośrednio na kalkulację ryzyk związanych z ofertowaniem w innych zamówieniach - oraz na wycenę (atrakcyjność ofert).

Następnie Odwołujący przedstawił wywody dotyczące porozumienia antykonkurencyjnego, powołując się na art. 6 ust. 1 pkt 6) u.o.k.k. i wskazując, że istotną praktyki opisanej w tym przepisie jest dążenie do zachowania status quo w obrębie podmiotów działających na danym rynku bądź też do zredukowania liczby przedsiębiorców prowadzących działalność na tym rynku. W tym pierwszym przypadku dana praktyka prowadzi do powstania barier wejścia na rynek, skutkując utrudnieniem bądź wyłączeniem możliwości rozwoju konkurencji na tym rynku, w drugim - zmierza do ograniczenia panującej na danym rynku konkurencji przez usunięcie z niego innych przedsiębiorców. Praktyka ta może obejmować zarówno porozumienia poziome (między konkurentami), jak i pionowe (między uczestnikami różnych szczebli obrotu). Przekładając powyższe na okoliczności faktyczne niniejszej sprawy, Odwołujący wskazał, iż: rynek odbioru odpadów komunalnych na terenie Gminy Miasta Puck jest złożony oraz wysoce rozwinięty, istnieje duża liczba prywatnych przedsiębiorców, posiadających potencjał do realizacji tego typu zamówień, na rynku funkcjonują od wielu lat już wykonawcy (firmy prywatne o różnej strukturze właścicielskiej), które dotychczas z powodzeniem realizowały odbiór odpadów komunalnych na lokalnym rynku. Oznacza to, że uzgodnienie (porozumienie), którego treścią byłoby ustalenie zakresu współpracy pomiędzy zamawiającym a spółką PGK ZO (działającą w ww., preferencyjnych warunkach gospodarczo-prawnych), prowadzi do wyeliminowania z rynku pozostałych przedsiębiorców, prowadzących działalność w branży odpadowej. Bowiem sposób ukształtowania procedury (udział w niej spółki PGK ZO) spowodował, że prywatni przedsiębiorcy zostali *per se* wykluczeni w zakresie dot. odbioru odpadów komunalnych na terenie Gminy Miejskiej Puck. Odwołujący zaznaczył, iż ustawodawca jasno sprecyzował, że do stwierdzenia bytu omawianej praktyki konieczne jest kumulatywne spełnienie dwóch przesłanek. Pierwsza z nich dotyczy uzgodnienia przedsiębiorców co do rynku właściwego, druga określa cel porozumienia rozumiany jako ograniczenie, wyeliminowanie lub też zakłócanie w sposób istotny istniejącej konkurencji. W niniejszej sprawie mamy do czynienia z porozumieniem antykonkurencyjnym zawierającym pomiędzy zamawiającym oraz PGK ZO. Odwołujący podkreślił, że: 1) w zakresie objętym in-house i umową, zarówno PGK ZO, jak i Gmina Miejska Puck, funkcjonują jako przedsiębiorca (co jest okolicznością równoległą do funkcji administracyjnej związanej z realizacją odbioru odpadów). Zawarcie takiego porozumienia wyklucza inne podmioty z rynku - prowadząc do zasadniczych szkód gospodarczych, jak m. in. utrata miejsc pracy, ograniczenie lub zamknięcie działalności dotychczas funkcjonujących na rynku, 2) zarówno zamawiający, jak i PGK ZO, mają pełną świadomość, że zawarcie takiego porozumienia oznaczać będzie zamknięcie rynku o istotnej wartości wskazanej w dokumentacji zamówienia. Wedle orzecznictwa, aby zachowanie przedsiębiorstw było objęte zakazem ustanowionym w art. 101 ust. 1 TFUE, konieczne jest nie tylko, aby świadczyło ono o istnieniu zмовы między nimi, czyli porozumienia między przedsiębiorstwami, decyzji związku przedsiębiorstw lub uzgodnionej praktyki, ale zмова ta musi również wpływać w sposób niekorzystny i odczuwalny na konkurencję wewnątrz rynku wewnętrznego (C-591/16 P - wyrok TS z dnia 25.03.2021 r.).

Odwołujący wskazał ponadto na art. 6 ust. 1 pkt 7 u.o.k.k. wskazując, że praktyka opisana w tym przepisie jest traktowana przez ustawodawcę jako szczególnie szkodliwa dla konkurencji. Nie znajduje do niej również zastosowane wyłączenie, o którym mowa w art. 7 ust. 2 ustawy (tj. tzw. wyłączenie *de minimis*, związane z niskimi udziałami w rynku stron porozumienia). Działanie zamawiającego, polegające na zamiarze zawarcia umowy na odbiór odpadów z PGK ZO, powinno podlegać ocenie z punktu widzenia ogólnych przepisów dot. zmów przetargowych. Otóż podstawy faktyczne tego typu „wewnętrznego” działania naruszają zakaz wyrażony w art. 6 u.o.k.k., a dodatkowo stoją w sprzeczności z przesłankami wskazanymi w art. 16 ustawy Pzp. Takie działanie zamawiającego, które ogranicza konkurencję oraz eliminuje możliwość realizacji zamówienia przez podmiot wybrany w warunkach konkurencyjnych, budzi poważne wątpliwości. PGK ZO została jednostronnie wybrana przez zamawiającego jako wykonawca in-house. Powoduje to, że całkowicie pominięte zostaną inne „potencjalne” oferty, które w praktyce mogłyby okazać się zdecydowanie korzystniejsze, niż warunki, jakie może zaproponować PGK ZO (w razie zorganizowania zamówienia w trybie konkurencyjnym). Mowa tu zarówno o posiadaniu odpowiedniej kadry, warunków, pojazdów, znajomości technik, know-how, ale i aspekcie finansowym. Faktyczna rezygnacja z możliwości porównania ofert szeregu innych wykonawców działających w branży odpadowej, tym bardziej na terenie Gminy Miasta Puck, gdzie wspomnianą działalność (na lokalnym rynku) prowadzi stosunkowo dużo podmiotów w pełnym wymiarze, wskazuje na możliwość zawarcia tzw. zмовы przetargowej, której skutkiem miało być wyeliminowanie z rynku wszystkich przedsiębiorców oraz zawarcie umowy z PGK ZO. Jak wskazuje

Raport UOKiK, z umowy pionowej, czyli zawieranej między zamawiającym a wykonawcą zaliczono do grupy najbardziej szkodliwych dla konkurencji naruszeń, które nie korzystają z wyłączenia spod zakazu na podstawie kryterium bagatelności porozumienia. Skutkiem takiego porozumienia jest przyznanie szczególnie korzystnych warunków jednemu lub grupie uczestników przetargu (Raport Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumenta - System zamówień publicznych, a rozwój konkurencji w gospodarce, Warszawa, wrzesień 2013 r.). Odwołujący stwierdził, iż w wyniku zawartego porozumienia PGK ZO znalazła się w bardzo korzystnym położeniu, gwarantującym stały, bardzo wysoki zysk przez okres realizacji przedmiotu zamówienia. Jednocześnie doprowadziło to do rażącego naruszenia zasad wynikających z u.o.k.k. i zamknięcie rynku na inne podmioty. Instytucja umowy przetargowej ma swoje źródło w systemie prawa Unii Europejskiej. W motywie 59 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z 26.02.2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE, zawarto postanowienia dot. zagrożeń tego rodzaju. Ustawodawca unijny wskazał, że agregacja i centralizacja zakupów powinny jednak być uważnie monitorowane w celu uniknięcia nadmiernej koncentracji siły nabywczej i umowy oraz w celu zachowania przejrzystości i konkurencji, jak również możliwości dostępu do rynku dla MŚP.

Dalej Odwołujący wskazał na nadużycie pozycji dominującej: Zamawiający organizuje rynek usług użyteczności publicznej (przedmiot niniejszego zamówienia). Wedle wyroku Sądu Najwyższego z 26 stycznia 2017 r. (I CSK 252/15) podział rynku usług użyteczności publicznej również może być badany z punktu widzenia zakazu nadużywania pozycji dominującej: „Pozwane miasto organizujące usługi na rynku usług transportu autobusowego, jest przedsiębiorca do którego stosuje się przepisy u.o.k.k. W związku z tym podział rynku tych usług podlega ocenie między innymi z punktu widzenia regulacji zawartej w art. 9 u.o.k.k. Przepis ten zakazuje nadużywania pozycji dominującej na rynku właściwym każdemu przedsiębiorcy lub przedsiębiorcom działającym na rynku właściwym. Jednostronnie, autonomicznie wybierając jednego wykonawcę do realizacji zadania własnego, zamawiający wpływa na kształt rynku nadużywając pozycji dominującej. Posiadając pozycję dominującą, ponosi odpowiedzialność za organizację usług w ramach gospodarowania odpadami. Zamawiający zobowiązany jest podejmować działania w taki sposób (jako gospodarz postępowania), aby nie naruszać uczciwej konkurencji. Co więcej, zamawiający powinien powstrzymać się od takich działań, które co najmniej potencjalnie mogłyby stanowić naruszenie uczciwej konkurencji. Ponadto wskazał na naruszenie przepisów u.z.n.k. Odwołujący podniósł, iż Zamawiający nie może wybrać do realizacji przedmiotu zamówienia wykonawcy w warunkach naruszenia uczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Niniejsze pozostaje w korelacji do zasady uczciwej konkurencji wyrażonej w art. 16 pkt 1 ustawy Pzp, obligującej zamawiającego do stworzenia warunków do uczciwego konkurowania wykonawców. Odwołujący wskazał na art. 3 u.z.n.k., podnosząc, że Zamawiający oraz PGK ZO podejmują działania zmierzające do utrudnienia innym wykonawcom swobodną, konkurencyjną konfrontację w ramach postępowania. Kolejnym aspektem związanym z omawianym zarzutem jest fakt, że zamawiający wykorzystuje niniejsze zamówienie in-house w celu wykluczenia prywatnych przedsiębiorców z rynku. Jak już zostało wskazane, zamawiający podał w ogłoszeniu z 15.09.2023 r. nieprawdziwe informacje, że: posiada 100% udziałów w PGK ZO, samodzielnie sprawuje „kontrolę” nad PGK ZO, że ponad 90% działalności PGK ZO dotyczy wykonywania zadań powierzonych jej przez zamawiającego (podczas, gdy ówczesnie PGK ZO nie została nawet wpisana do KRS). Oznacza to, że Zamawiający podejmuje kolejną próbę udzielenia zamówienia in-house (tryb niekonkurencyjny) podczas, gdy brak jest ku temu zarówno przesłanek prawnych, jak i faktycznych.

Uzasadniając zarzuty 11 i 12 Odwołujący wskazał, iż zgodnie z art. 83 ustawy Pzp Zamawiający zobligowany jest do przeprowadzenia analizy potrzeb i wymagań. Obowiązek ten nie został wyłączony dla trybu udzielenia zamówienia „z wolnej ręki” opartego na przesłance wskazanej w art. 214 ust. 1 pkt. 11) ustawy Pzp. Odwołujący wskazał na art. 83 ust. 2 ustawy Pzp, podnosząc, że Zamawiający nie dokonał żadnych analiz - w szczególności nie są one powoływane w treści ogłoszenia. Następnie Odwołujący przywołał stanowisko doktryny: „Pamiętając o zasadzie efektywności udzielania zamówień wyrażonej w art. 17 ustawy Pzp Zamawiający w ramach rozeznania rynku ustala, czy istnieją alternatywne do przewidzianych przez niego pierwotnie środki zaspokojenia potrzeb oraz czy istnieją warianty realizacji zamówienia prowadzące do osiągnięcia zakładanego celu. Rozeznanie rynku może prowadzić zarówno do ustalenia, że istnieje jedna możliwość zaspokojenia potrzeb, jak i ustalenia, że istnieje więcej niż jeden sposób osiągnięcia zakładanego celu. W tej sytuacji rozeznanie rynku może prowadzić do zidentyfikowania najlepszego wariantu realizacji zamówienia według kryterium efektywności.” Zdaniem Odwołującego w przedmiotowej sprawie nie doszło do zidentyfikowania najlepszego wariantu wykonania zamówienia wg jakichkolwiek kryteriów, oprócz kryterium popierania interesu spółki PGK ZO (w oderwaniu od kryterium interesu publicznego). Odwołujący wskazał, iż brak sporządzenia rzetelnych, wyczerpujących oraz dokładnych analiz może prowadzić do skutków takich, jak w Mieście Zduńska-Wola, o której to sprawie było głośno w środowisku samorządowym i wykonawców. Zduńska Wola utworzyła w 2021 roku własną spółkę komunalną i powierzyła in-house tej spółce. Tym samym z rynku został wyeliminowany dotychczasowy wieloletni wykonawca. Prezydent Miasta Zduńska Wola oczywiście obiecywał, że będzie taniej i lepiej dla mieszkańców. Okazało się, że w ciągu roku kwota za odbiór i zagospodarowanie odpadów wzrosła z 28 do 35 złotych (0 30%), ponieważ kontrakt na obiecwanym poziomie oczywiście nie zapewnia możliwości właściwego gospodarowania odpadami. Na rok 2022 Prezydent powiadomił Radę Miasta, że konieczne będzie zwiększenie budżetu Miasta dedykowanego na cele gospodarki odpadami o co najmniej 2

miliony złotych (nadwyżki ponad kwoty uzyskiwane z opłaty za zagospodarowanie odpadów uiszczanej przez mieszkańców). To powoduje, że de facto koszt utrzymania gminnego systemu odbioru odpadów wynosił co najmniej 40 złotych/osoba (w miejsce 28 zł w latach poprzednich). W koszcie tym nie ma uwzględnionych kar za brak osiągnięcia poziomów odzysku i recyklingu w gminie, które orientacyjnie będą wynosić około pół miliona złotych.

Uzasadniając zarzut 13 w odwołaniu wskazano na art. 35 ustawy Pzp podnosząc, iż z ogłoszenia nie wynika, jaka jest wartość zamówienia. Tym samym wynagrodzenie płatne (z tytułu realizacji in-house) nie nawiązuje do jakichkolwiek realiów gospodarczych, a tym samym jest zakazane z mocy prawa.

Uzasadniając zarzut 14 Odwołujący podniósł, iż PGK ZO nie posiada zasobów niezbędnych do realizacji przedmiotu zamówienia in-house. Brak posiadania wystarczających zasobów powoduje, że PGK ZO musiałaby faktycznie powierzyć realizację przedmiotu in-house na rzecz podmiotów trzecich (co byłoby niedozwolonym podwykonawstwem). Co więcej, stanowiłoby obejście przepisów Pzp.

Uzasadniając pytanie prejudycjalne nr 1 Odwołujący wskazał, iż zgodnie z art. 12 ust. 1 Dyrektywy 2014/24/UE zamówienie publiczne udzielone przez instytucję zamawiającą osobie prawa prywatnego lub publicznego nie jest objęte zakresem stosowania omawianej dyrektywy, jeżeli spełnione są wszystkie określone w przepisach warunki. TSUE w wyroku z 10.04.2003 r. (C-20/01 i C-28/01) i wyroku z 11.01.2005 r. (C-26/03) uznał, że możliwość wyłączenia zastosowania przepisów o zamówieniach publicznych jest sytuacją wyjątkową. TSUE w wyroku z 3.10.2019 r. (C-285/18) stwierdził, że państwo członkowskie może nałożyć dodatkowe warunki, od których może być uzależnione udzielenie zamówienia in-house. TSUE w wyroku z 3.10.2019 r. (C-285/18) stwierdził, że państwa członkowskie muszą dokonywać wyboru sposobu świadczenia usług z poszanowaniem podstawowych zasad TFUE. Analogicznie stwierdza Rzecznik Generalny Christine Stix-Hackl w opinii z 12.04.2005 r. (C-231/03): „Jak już wyżej przedstawiono, ani wyroki w sprawach Teckal i Stadt Halle ustanawiające wyjątki w dziedzinie prawa wtórnego, ani wyjątek przewidziany przez art. 13 dyrektywy sektorowej nie mogą prowadzić do niestosowania prawa pierwotnego, tzn. również tych podstawowych swobód, które mają zastosowanie w niniejszej sprawie.” (podkreślenie autor). Wedle art. 18 ust. 1 Dyrektywy 2014/24/UE instytucje zamawiające nie są uprawnione do organizowania zamówień w sposób, który miałby na celu wyłączenie zamówienia z zakresu zastosowania Dyrektywy 2014/24/UE lub sztuczne zawężanie konkurencji. Uznaje się, że konkurencja została sztucznie zawężona, gdy zamówienie zostaje zorganizowane z zamiarem nieuzasadnionego działania na korzyść lub niekorzyść niektórych wykonawców. W uzasadnieniu projektu Dyrektywy 2014/24/UE Komisja Europejska wskazała, że nowe przepisy mają na celu zagwarantowanie, że jakakolwiek współpraca publiczno-publiczna podlegająca wyłączeniu nie powoduje zakłócenia konkurencji w odniesieniu do prywatnych wykonawców (projekt Dyrektywy 2014/24/UE, wniosek Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie zamówień publicznych, KOM/2011/0896, wersja ostateczna - 2011/0438 (COD), Nr 52011PC0896, s. 18-19). Z powyższego wynika zasada udzielania zamówień w trybie konkurencyjnym. Instytucje zamawiające nie są uprawnione do organizowania zamówienia w sposób, który sztucznie ograniczałby zastosowanie Dyrektywy 2014/24/UE. Celem jest zachowanie gwarancji wynikających z Dyrektywy 2014/24/UE. Działanie instytucji zamawiającej musi w każdym przypadku być zgodne z normami traktatowymi, dotyczącymi w szczególności równego traktowania wykonawców oraz przejrzystości. TSUE wprost stanowi, że przesłanki wyłączenia zastosowania przepisów ws. zamówień publicznych określone w art. 12 ust. 1 Dyrektywy 2014/24/UE nie są katalogiem zamkniętym. Brak jest jednak orzeczenia TSUE wyjaśniającego, jaki wpływ na możliwość zastosowania art. 12 ust. 1 Dyrektywy 2014/24/UE ma fakt występowania na rynku innych podmiotów gospodarczych gotowych realizować przedmiot zamówienia na warunkach konkurencyjnych (w tym cenowych lub jakościowych). Odpowiedź na powyższe pytanie jest konieczna dla ustalenia, czy z art. 106 ust. 1 TFUE wynika zakaz stosowania wyłączenia z art. 12 ust. 1 Dyrektywy 2014/24/UE w sytuacji występowania konkurencji na rynku i czy naruszenie tego zakazu może prowadzić do zaistnienia niedozwolonej pomocy publicznej w rozumieniu art. 107 ust. 1 TFUE. Niniejsze ma znaczenie dla stwierdzenia nieprawidłowego nieuwzględnienia przez KIO zarzutów numer 11 i 12 odwołania.

Uzasadniając pytanie prejudycjalne nr 2 Odwołujący wskazał, iż art. 12 ust. 1 Dyrektywy 2014/24/UE stanowi, że zamówienie publiczne udzielone przez instytucję zamawiającą osobie prawa prywatnego lub publicznego nie jest objęte zakresem stosowania niniejszej dyrektywy, jeżeli spełnione są określone przesłanki. Wedle art. 1 ust. 4 Dyrektywy 2014/24/UE dyrektywa nie ogranicza swobody państw członkowskich w zakresie definiowania usług świadczonych w ogólnym interesie gospodarczym, sposobu ich organizacji i finansowania - zgodnie z przepisami dotyczącymi pomocy publicznej - a także określania tego, jakim szczegółowym obowiązkiem usługi te powinny podlegać. Niniejsza dyrektywa nie wpływa również na decyzje organów publicznych dotyczące tego, czy chcą one - oraz w jaki sposób i w jakim stopniu - samodzielnie realizować funkcje publiczne zgodnie z art. 14 TFUE oraz Protokołem nr 26 Zgodnie z art. 1 Protokołu (Nr 26) do Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej w sprawie usług świadczonych w interesie ogólnym, wspólne wartości Unii w odniesieniu do usług świadczonych w ogólnym interesie gospodarczym w rozumieniu artykułu 14 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej obejmują w szczególności zasadniczą rolę i szeroki zakres uprawnień dyskrecyjnych organów krajowych, regionalnych i lokalnych w zakresie świadczenia, zlecania i organizowania usług świadczonych w ogólnym interesie gospodarczym sposób możliwie najbardziej odpowiadający potrzebom odbiorców.

Zgodnie dokumentem roboczym Służb Komisji „Przewodnik dotyczący stosowania przepisów prawa Unii Europejskiej z zakresu pomocy państwa, zamówień publicznych i rynku wewnętrznego do usług świadczonych w ogólnym interesie gospodarczym, w szczególności do usług socjalnych świadczonych w interesie ogólnym”, SWD(2013) 53 final/2 (Bruksela, dnia 29.4.2013 r.): „Komisja wyjaśniła w swoich ramach jakości, że usługi świadczone w ogólnym interesie gospodarczym to sektor działalności gospodarczej, który oferuje usługi w ogólnym interesie publicznym, które nie byłyby świadczone na rynku (lub byłyby świadczone na innych warunkach, jeżeli chodzi o jakość, bezpieczeństwo, przystępność cenową, równe traktowanie czy powszechny dostęp) bez interwencji publicznej.” W sprawie C-285/18 TSUE weryfikował dopuszczalność zastosowania przez instytucję zamawiającą wyłączenia wynikającego z art. 12 ust. 1 Dyrektywy 2014/24/UE. Ramy prawne postępowania przed TSUE obejmowały m. in. art. 1 ust. 4 Dyrektywy 2014/24/UE. Zgodnie z wyrokiem TSUE z 3.10.2019 r. w tej sprawie: „Jako żepostanowienie odsyłające nie zawiera żadnego elementu mogącego uzasadniać znaczenie wykładni pojęcia „usług świadczonych w ogólnym interesie gospodarczym” dla rozstrzygnięcia sporu w postępowaniu głównym, w zakresie, w jakim pytanie to dotyczy art. 1 ust. 4 dyrektywy 2014/24 i art. 36 karty wykładni taka nie może umożliwić Trybunatowi udzielenia użytecznej odpowiedzi na pytanie trzecie lit. a).” (podkreślenie autor). Z powyższego wynika, że wyłączeniu na podstawie art. 12 ust. 1 Dyrektywy 2014/24/UE może podlegać zamówienie publiczne w przedmiocie usług świadczonych w ogólnym interesie gospodarczym. Mogą one być świadczone wyłącznie, gdy istnieją niezaspokojone potrzeby odbiorców. Co prawda przed TSUE (C-285/18) powołane zostało zagadnienie usług świadczonych w Ogólnym interesie gospodarczym, jednakże nie było podstawą kierunku wyrokowania ze względu na brak wyjaśnienia znaczenia tego zagadnienia dla rozstrzygnięcia. Udzielenie przez TSUE odpowiedzi w powyższym zakresie spowoduje możliwość kwalifikacji tego, czy przedmiot niniejszego zamówienia obejmuje SGEI - a tym samym czy niniejsze zamówienie prowadzi do udzielenia niedozwolonej pomocy publicznej wymagającej notyfikacji (możliwość oceny nieprawidłowego nieuwzględnienia przez KIO zarzutów numer 12 i 11 odwołania).

Zamawiający w dniu 3 listopada 2023 r. złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

Odnosząc się do zarzutu nr 1 Zamawiający wskazał, iż zarzut ten jest bezpodstawny. Zamawiający wskazał, że w sposób wystarczający uzasadnił decyzję o zamiarze udzielenia zamówienia z wolnej ręki, a tym samym niezasadny jest pierwszy z zarzutów odwołującego. Przede wszystkim powołano się na właściwy przepis ustawy, który stanowił podstawę wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Spełnienie każdej z przesłanek zostało zarazem wyjaśnione już w samym ogłoszeniu. Zamawiający zauważył, że przesłanki będące podstawą udzielenia zamówienia, określone w art. 214 ust. 1 pkt 11 ustawy Pzp są przesłankami, których kompletne i całościowe wyjaśnienie wymagałoby przepisowywania dokumentów stworzonych na potrzeby postępowania, jak analiza potrzeb i wymagań czy analiza spełnienia przesłanek określonych w art. 214 ust. 1 pkt 11 ustawy Pzp. Przy tym spełnienie przesłanki określonej w art. 214 ust. 1 pkt 11 lit. a ustawy Pzp wymagałaby co najmniej przepisania części postanowień umowy spółki, w tym postanowień regulujących kompetencje poszczególnych organów spółki. W zakresie spełnienia przesłanki określonej pod lit. b, zgodnie z ust. 6 art. 214 konieczne jest posiadanie wiarygodnych prognoz handlowych. Trudno, zdaniem Zamawiającego, w sposób racjonalny oczekiwać od Zamawiającego, że przepisze również takie prognozy handlowe do uzasadnienia po to, żeby uwiarygodnić spełnienie przesłanek ustawowych. Jak wyżej wskazano, ustawa wymaga posiadania przez Zamawiającego szczegółowej dokumentacji, która potwierdzi spełnienie warunków udzielenia zamówienia in-house, a uzasadnienie, które zamieszczane jest w ogłoszeniu o zamiarze zawarcia umowy nie służy do powtarzania treści całości zgromadzonych materiałów. Niewątpliwie należy w sposób racjonalny podchodzić do uzasadnienia wybranego trybu udzielenia zamówienia publicznego. Zamawiający przekonany jest, że uzasadnienie stworzone przez niego spełnia przesłanki ustawy, która skądinąd nie precyzuje jakie elementy składają się na uzasadnienia faktyczne i prawne, pozostawiając pewien zakres swobody Zamawiającemu. Zamawiający sporządził i dysponuje odpowiednimi analizami, które potwierdzają możliwość powierzenia zadania w trybie art. 214.

Odnosząc się do drugiego zarzutu Zamawiający wskazał, iż postępowanie w trybie art. 214 jest postępowaniem zamkniętym, a wszelkie wymogi zostały ustalone w projekcie umowy, która przesłana została do spółki PGK ZO. Tym samym brak jest uzasadnienia do określenia w dokumentach zamówienia szczegółowych wymagań stawianych przedsiębiorcom odbierającym odpady komunalne od właścicieli nieruchomości oraz wymaganych u.c.p.g. elementów opisu zamówienia. Odnosnie wymogów przekazywania odebranych zmieszanych odpadów komunalnych do instalacji komunalnych Zamawiający wskazał m.in., że Zamawiający zleca a Wykonawca przyjmuje do realizacji świadczenie usług w ramach zamówienia, przedmiotem którego jest odbiór odpadów komunalnych (...) wraz z ich transportem do instalacji, której Zamawiający powierzył zadanie publiczne w zakresie odzysku i unieszkodliwiania odpadów, w sposób zapewniający osiągnięcie odpowiednich poziomów recyklingu, przygotowania do ponownego użycia i odzysku innymi metodami oraz ograniczenie odpadów komunalnych ulegających biodegradacji przekazywanych do składowania oraz w sposób zgodny z przepisami ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (tj. Dz. U. z 2023 r. poz. 1467), ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (Dz. U. z 2023 r., poz. 1507 ze zm.), Rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 11 stycznia 2013 r. w sprawie szczególnych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych

od właścicieli nieruchomości (Dz. U. z 2013 r. poz. 122), zapisami Planu gospodarki odpadami dla województwa pomorskiego, przyjętego uchwałą Sejmiku Województwa Pomorskiego nr 322/XXX/16 z dnia 29 grudnia 2016 r. oraz jego aktualizacjami, Regulaminu utrzymania czystości i porządku na terenie gminy Miasta Puck, oraz innymi przepisami prawa ustawowego i prawa miejscowego. Zamawiający poza tym postanowił m.in., że odpady komunalne zebrane od właścicieli nieruchomości z terenu Gminy Wykonawca zobowiązany jest przekazać do zagospodarowania (poddąć odzyskowi lub unieszkodliwieniu) zgodnie z obowiązującym prawem i zasadą bliskości (art. 20 ustawy o odpadach). Zamawiający przewidział rodzaje odpadów zbieranych selektywnie od właścicieli nieruchomości w § 3 umowy. O obowiązku prowadzenia dokumentacji Zamawiający wspomniał m.in. w § 4 ust. 1 pkt 5, 6, 9. W zakresie szczegółowego sposobu postępowania w przypadku stwierdzenia nieselektywnego zbierania odpadów Zamawiający zawarł w umowie przede wszystkim § 4 ust. 1 pkt 8. Wykonawca PGK ZO sp. z o.o. złożyła Wniosek o wpis do rejestru danych w rejestrze działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, położonych na terenie i uzyskała wpis rejestrowy nr RDR-1/2023. Do Wniosku załączyła oświadczenie w którym potwierdzone zostało że: dane zawarte we wniosku o wpis do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości są kompletne i zgodne z prawdą; znane i spełnione zostały warunki wykonywania działalności w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, określone w ustawie z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz. U. z 2018 r. poz. 1454, z późn. zm.) oraz w przepisach wydanych na podstawie art. 9d ust. 2 tej ustawy.

W odpowiedzi na zarzut 3 Zamawiający powołał się na orzeczenie Izby wskazujące, iż udzielenie zamówienia in-house może dotyczyć nowo utworzonej osoby prawnej. Oznacza to, że tworzenie przez zamawiających bezpośrednio lub za pośrednictwem kontrolowanych przez nich osób prawnych nowych spółek w celu udzielenia im zamówienia in-house jest dopuszczalne zarówno w świetle dyrektywy zamówieniowej, jak i ustawy Pzp. Poprzez analogię do też przedstawionych w w/w postanowieniu KIO, w analizowanym przypadku Zamawiający, sprawuje kontrolę polegającą na dominującym wpływie na cele strategiczne i istotne decyzje dotyczące zarządzania sprawami spółki PGK ZO sp. z o.o. Brak mechanizmów bezpośredniego wpływu na cele strategiczne PGK ZO nie stanowią przeszkody do faktycznego podejmowania decyzji przez Zamawiającego. Kontrola sprawowana nad PGK ZO na skutek nadzoru właścicielskiego i prawo do powoływania organów w spółkach dominujących jest kontrolą realną, o ścisłym charakterze oraz określonych procedurach, a także jest sprawowana na płaszczyźnie strukturalnej jak i funkcjonalnej spółki. Gmina posiada sformułowane zasady nadzoru właścicielskiego nad spółkami z udziałem gminy. Z zasad tych wynika, że Gmina sprawuje realną kontrolę na podległymi spółkami, w których Gmina Miasto Puck jest jedynym udziałowcem lub dysponuje większością głosów na zgromadzeniu wspólników. Skoro zatem Zamawiający pełni bezpośrednią kontrolę nad PGK sp. z o.o. oraz INVEST Puck sp. z o.o., nie ulega wątpliwości, że również pełni kontrolę nad spółką córką PGK ZO, choć nie jest jej bezpośrednim udziałowcem.

Zdaniem Zamawiającego nie można tracić z pola widzenia faktu, że oprócz władztwa formalnego wynikającego z umowy spółki, podmioty z udziałem jednostek samorządu terytorialnego nie są z istoty samodzielnyimi bytami prawnymi w zakresie podejmowanych decyzji. Nieformalizowane władztwo faktyczne jest zawsze atrybutem jednostek samorządu terytorialnego. Ostatecznie decyzje zarządów spółek są bowiem uzależnione od woli ich założycieli, nawet jeśli w łańcuchu powiązań występuje kilka podmiotów. W szczególności istotne jest, że rady nadzorcze trzech rozważanych spółek mają uprawnienia do powoływania i odwoływania (w każdym czasie) członków zarządu. Zatem de facto gmina ma możliwość zablokowania działań zarządu niezgodnych z założonymi celami strategicznymi i wyegzekwowania podjęcia istotnych decyzji dotyczących zarządzania tymi spółkami, zgodnie ze swoją wolą. Ponadto zauważyć należy, że choć zgodnie z art. 219 Kodeksu spółek handlowych rada nadzorcza sprawuje nadzór nad działalnością spółki i nie ma prawa wydawania zarządowi wiążących poleceń dotyczących prowadzenia spraw spółki, przepis ten nie dotyczy zgromadzenia wspólników, zatem można uznać, że zgromadzenie wspólników ma możliwość wydawania zarządowi wiążących poleceń. Odmienne niż w przypadku spółki akcyjnej k.s.h. nie zawiera zakazu wydawania wiążących poleceń zarządowi przez wspólnika (przepis art. 375¹ k.s.h. nie ma swojego odpowiednika w przepisach dotyczących spółki z ograniczoną odpowiedzialnością). W tym kontekście Zamawiający wskazał także na wyrok Izby dnia 4 października 2019 r. KIO 1842/19. Zamawiający ponadto zwrócił uwagę na to, że doktryna i orzecznictwo jednoznacznie przekonują, że kontrola, wg art. 214 ust. 1 pkt 11 lit. a ma polegać na dominującym wpływie na cele strategiczne i istotne decyzje. Nie można tego łączyć z czynnościami polegającymi na bieżącym zarządzaniu spółką i prowadzeniem spraw spółki. Te czynności są zastrzeżone dla zarządu. To na kluczowe decyzje spółki Gmina powinna mieć decydujący wpływ, który w istocie ma miejsce. Zamawiający zresztą nie ukrywa, że miał on decydujący wpływ na ukształtowanie postanowień umowy spółki. Zamawiający zauważył, że już z § 5 umowy spółki wynika, że przedmiotem działalności spółki jest wykonywanie zadań własnych miasta o charakterze użyteczności publicznej, których celem jest bieżące i nieprzerwane zaspokajanie zbiorowych potrzeb wspólnoty samorządowej, w szczególności zadań związanych z odbiorem, transportem i zagospodarowaniem odpadami, oraz w miarę możliwości i potrzeb zadań nienaruszających statusu osoby prawa publicznego zgodnie z wymogami art. 12 Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 24 lutego 2014 r.

Zamawiający wskazał również, że w skład pierwszej rady nadzorczej spółki powołane zostały dwie z trzech osób, które zasiadają również w radzie nadzorczej spółki Invest Puck, która jest spółką ze 100% udziałem Gminy Miasta Puck. Podkreślił, że w spółce Invest Puck sp. z o. o. członków rady nadzorczej powołuje Zgromadzenie Wspólników, którego rolę pełni Gmina. To rada nadzorcza sprawuje nadzór nad działalnością spółki, a zgodnie z § 18 ust. 3 do jej kompetencji należy m.in. powoływanie członków zarządu, zawieszanie w czynnościach członków zarządu czy delegowanie członka rady nadzorczej do czasowego wykonywania czynności w ramach zarządu spółki. Rada Nadzorcza podejmuje również kluczową decyzję dotyczącą wyrażenia zgody na rozporządzenie prawem lub zaciągnięcia przez spółkę zobowiązania przekraczającego określoną wartość. Rada nadzorcza opiniuje także strategiczne plany spółki, co wynika z § 18 ust. 3 lit. k. umowy spółki. Zamawiający zwraca uwagę, że funkcje Zgromadzenia Wspólników w spółce PGK ZO pełni prezes zarządu spółek komunalnych będących wspólnikami spółki. Tym samym funkcje Zgromadzenia Wspólników pełni osoba wybierana przez rady nadzorcze spółek komunalnych, a jak już była o tym mowa, członków rady nadzorczej wybiera bezpośrednio Gmina. To Zgromadzenie Wspólników w spółce m.in. uchwała regulaminy działania Zarządu i Rady Nadzorczej, wyraża zgodę na zaciągnięcie pożyczki, emisję obligacji, zatwierdza plany strategiczne Spółki oraz wykonuje inne czynności przewidziane w § 20 umowy. Dodatkowo szczególne uprawnienia Zgromadzenia Wspólników przewiduje również § 21 umowy spółki. Trudno na podstawie powyższego obronić pogląd o braku kontroli wymaganej przez ustawę Pzp w stopniu niezbędnym dla powierzenia wykonania zamówienia publicznego w trybie z wolnej ręki.

Zdaniem Zamawiającego nie ma wątpliwości, że kontrola odpowiada kontroli sprawowanej nad własnymi jednostkami polegającą na dominującym wpływie na cele strategiczne oraz istotne decyzje dotyczące zarządzania sprawami tej osoby prawnej. Zamawiający, zgodnie z § 16 aktu założycielskiego spółki Invest Puck sp. z o. o., pełni bezpośrednio rolę Zgromadzenia Wspólników. Posiada prawo do zwoływania zarządu oraz powołuje i odwołuje członków Rady Nadzorczej. Uchwała regulaminy prac pozostałych organów, wyraża zgodę na zaciągnięcie zobowiązania i rozporządzenie prawem, gdy ich wartość przekroczy wymagany próg. Konkretnie inne uprawnienia wymienione zostały w § 17 umowy spółki. Gmina Miasta Puck wybiera członków Rady Nadzorczej, którzy mają decydujący wpływ na zachowanie zarządu – powołują, odwołują, zawieszają i delegują czasowo swoich członków do pełnienia funkcji zarządu. Szczegółowe kompetencje wynikają z § 19 aktu założycielskiego. Szczegółowe uprawnienia Gminy Miasta Puck wynikają również z § 25 aktu założycielskiego. Zamawiający wyjaśnił, że tożsame uregulowania zawarto w akcie założycielskim Puckiej Gospodarki Komunalnej sp. z o. o., która jest drugim ze wspólników w spółce Pucka Gospodarka Komunalna Zakład Oczyszczania sp. z o. o. Zamawiający podkreśla, że uprawnienia poszczególnych organów jednoznacznie przekonują o powiązaniach i relacjach oraz wymaganym poziomie kontroli sprawowanej przez Gminę Miasta Puck. Nie są to zarazem ogólne lub teoretyczne powiązania, jak próbuje przekonać Odwołujący (jako dowody Zamawiający załączył tekst jednolity umowy spółki PGKZO sp. z o. o., tekst jednolity aktu założycielskiego PGK sp. z o. o., tekst jednolity aktu założycielskiego Invest Puck sp. z o. o., Zarządzenie Burmistrza w sprawie zasad nadzoru właścicielskiego).

Odnosząc się do zarzutu 4 Zamawiający zauważył, że Odwołujący uzasadniając zarzut, wskazuje przede wszystkim na fakt wzajemnej sprzeczności ogłoszeń, z dnia 15 września 2023r. oraz z dnia 13 października 2023 r. Tym samym Zamawiającego kolejny raz zmusza się do tłumaczenia, że wszelkie czynności dokonane w poprzednim postępowaniu zostały unieważnione jako wykonane przedwcześnie i w sposób nieprzygotowany. Oczywiście jest, że prognozy handlowe zostały przygotowane na potrzeby niniejszego postępowania. Wymaga tego ustawa Pzp. Gdyby Zamawiający nie chciał powierzyć wykonywania zadania spółce komunalnej, wówczas nie tworzyłby dokumentu, którego wyniki mają wyłącznie na celu ustalenie czy tryb zamówienia z wolnej ręki dla powierzenia zadania jest trybem właściwym. Nie można tym samym zasadnie twierdzić, że prognozy stworzone zostały dla pozorów. Czynność pozorna, zgodnie z kodeksem cywilnym, składa się przede wszystkim z oświadczenia woli, a więc jest to czynność prawna jednostronna. Przy pozorności mamy do czynienia z dokonaniem czynności prawnej określonej treści, ale bez zamiaru wywołania jakichkolwiek skutków prawnych lub z zamiarem wywołania innych skutków prawnych niż przewiduje to treść widoczna na zewnątrz. Sporządzenie prognozy to przede wszystkim czynność faktyczna. Sporządzenie takiego dokumentu nie wywołuje żadnych skutków prawnych, a tym samym nie można mówić o jej pozorności. Odwołujący nawet nie stara się tłumaczyć na czym miałyby polegać pozorność sporządzenia prognozy handlowej. Nie podaje również żadnych argumentów, dlaczego miałyby być one niewiarygodne czy nierzetelne. Tym samym sam zarzut uznać należy za gołosłowny i pozbawiony jakichkolwiek merytorycznych podstaw. W tym miejscu Zamawiający podnosi, że wykonując zobowiązanie KIO przesłał dokumentację zamówienia zawierającą analizę handlową, a tym samym za niepotrzebne uznaje przesyłanie jej ponownie wraz z przedmiotowym dokumentem. Z uwagi, że działalność Spółki ma charakter celowy i dedykowany jedynie świadczeniom usług odbioru i transportu odpadów komunalnych od mieszkańców Gminy Miasto Puck, nie przewiduje się aby Spółka ta świadczyła usługi na rzecz innych podmiotów zamawiających. Tym samym należy przyjąć prognostycznie, że Spółka będzie wykonywać 100% zadań na rzecz Gminy Miasto Puck i tym samym realizować 100% przychodów od Gminy Miasto Puck w okresie realizacji udzielonego zamówienia.

Odnosząc się do zarzutu 5 Zamawiający zauważył, że w uzasadnieniu Odwołujący w zasadzie powtarza tezę wyrażoną w petitum odwołania, przekonując w istocie wyłącznie, że za udziałem kapitału prywatnego w spółce przemawia

sformułowanie participation z dyrektywy zamówieniowej, tłumaczone jako zaangażowanie czy partycypację. Odwołujący nie powołuje zarazem żadnych merytorycznych argumentów, które przekonywałyby na czym ten udział kapitału prywatnego miałby polegać. Zamawiający w tym miejscu jeszcze raz podkreśla, że cały kapitał, którym dysponuje spółka, jest kapitałem pochodzącym od spółek ze 100% udziałem Gminy co wprost wynika z dokumentacji zamówienia, z dołączonych umów spółek i zostało uwidocznione w Krajowym Rejestrze Sądowym. Zamawiający wskazał, iż zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 16 maja 2022r., sygn. akt: KIO 561/22, KIO 563/22, KIO 573/22, KIO 574/22, KIO 575/22, KIO 577/22, KIO 579/22, KIO 581/22, KIO 587/22, KIO 589/22 dla oceny spełnienia przesłanki ustawowej dla „in-house” znaczenie ma okoliczność niesporna, iż 100% kapitału zakładowego spółki należy do Miasta - jednostki kontrolującej. W zasadzie okoliczność ta wyczerpuje ocenę sytuacji prawnej Spółki. Skoro więc brak jest kapitału prywatnego w spółkach będących współnikami PGK ZO, to nie można zasadnie twierdzić, że w kontrolowanej osobie prawnej jest bezpośredni udział kapitału prywatnego. Nie ma wątpliwości, że cały kapitał PGK ZO pochodzi wyłącznie od spółek komunalnych ze 100% udziałem Gminy, a tym samym przesłanka ustawowa jest spełniona (Zamawiający powołał się na załączone do odpowiedzi na odwołanie odpisy KRS ww. podmiotów oraz teksty jednolite umów spółek).

Odnosząc się do zarzutu 6 Zamawiający wskazał, iż przeprowadził negocjacje z Wykonawcą czego dowodem jest protokół z negocjacji. Postępowanie zostało wszczęcie poprzez przekazanie zaproszenia do negocjacji wykonawcy. Przedmiotem negocjacji były aspekty, które zamawiający wskazał w zaproszeniu do negocjacji, które zawierało kluczowe elementy przyszłej umowy o zamówienie publiczne. Elementami negocjacyjnymi zamówienia były cena, termin realizacji, sposób wykonania świadczenia, warunki płatności. Zamawiający oszacował wartość zamówienia, które miało być udzielone w trybie z wolnej ręki. Zamawiający nie żądał JEDZ na co wskazuje art 217 ust. 3 ustawy Pzp. Zamawiający zażądał natomiast zgodnie z art 217 ust. 2 ustawy Pzp złożenia przez wykonawcę, nie później niż wraz z zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego, podmiotowych środków dowodowych potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu oraz niepodleganie wykluczeniu z postępowania. Brak jest również obowiązku ze strony zamawiającego, zawiadomienia Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych o wszczęciu postępowania. Zamawiający nie ma również obowiązku zgodnie z art 213 ust. 2 ustawy Pzp przekazania do publikacji Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy.

W zakresie zarzutu 7 Zamawiający podniósł, iż podstawą powierzenia zadania spółce PGK ZO nie jest art. 4 ustawy o gospodarce komunalnej, ale art. 3 tej ustawy. Zgodnie z ust. 1 tego artykułu jednostki samorządu terytorialnego w drodze umowy mogą powierzać wykonywanie zadań z zakresu gospodarki komunalnej osobom fizycznym, osobom prawnym lub jednostkom organizacyjnym nieposiadającym osobowości prawnej z uwzględnieniem przepisów ustawy z dnia 27 sierpnia 2004 r. o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych (Dz. U. z 2020 r. poz. 1398, z późn. zm.) oraz przepisów ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 305) na zasadach ogólnych albo w trybie przepisów: 1) ustawy z dnia 19 grudnia 2008 r. o partnerstwie publiczno-prywatnym (Dz. U. z 2020 r. poz. 711 i 2275); 2) ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019, z późn. zm.); 3) ustawy z dnia 24 kwietnia 2003 r. o działalności pożytku publicznego i o wolontariacie (Dz. U. z 2020 r. poz. 1057); 4) ustawy z dnia 16 grudnia 2010 r. o publicznym transporcie zbiorowym (Dz. U. z 2020 r. poz. 1944 i 2400); 5) ustawy z dnia 21 października 2016 r. o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi (Dz. U. z 2019 r. poz. 1528, 1655 i 2020 oraz z 2020 r. poz. 2275). Artykuł 3 stanowi przy tym samodzielną podstawę powierzenia wykonania zadania i nie wymaga on jakiegokolwiek uchwały Rady Gminy. Jednocześnie Zamawiający wskazał na treść art. 6d ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, zgodnie z którym to do wyłącznej kompetencji wójta, burmistrza lub prezydenta miasta należy obowiązek udzielenia zamówienia publicznego na odbieranie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, o których mowa w art. 6c. Wobec tego, że przepis wyznacza samodzielną kompetencję wójta w zakresie organizacji obligatoryjnego postępowania o udzielenie zamówienia, trudno mówić tutaj o kompetencji rady miasta w zakresie wyboru sposobu lub formy prowadzenia gospodarki komunalnej. Uznać należy tym samym, że przepis art. 6d ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach jest przepisem szczególnym wobec art. 4 ustawy o gospodarce komunalnej, który jednoznacznie w treści wskazuje, że organy stanowiące postanawiają o wyborze sposobu prowadzenia i form gospodarki komunalnej, jeżeli przepisy szczególne nie stanowią inaczej. Rada gminy nie ma prawa podjąć uchwały w przedmiocie powierzenia wykonania zadania odbioru odpadów spółce komunalnej, skoro obowiązują przepisy powszechnie obowiązujące, które przewidują konkretny sposób postępowania przy powierzaniu zadania odbioru odpadów.

Odnosząc się do zarzutu 8 Zamawiający podniósł, iż udzielenie zamówienia spółce jest zgodne z TFUE. Potwierdza to przede wszystkim orzecznictwo KIO. Jak wskazano w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21 kwietnia 2017r., sygn., akt: KIO 625/17, Izba doszła do wniosku, że przepisy dotyczące instytucji in-house wprowadzone do ustawy Pzp (w tym art. 67 ust. 1 pkt 12 oraz ust. 8 i 9 oraz ust. 11) zostały dostosowane do dyrektywy i TFUE, a jednocześnie ustawodawca krajowy określił dodatkowe wymagania i tryb, w którym takie zamówienia mogą być udzielane. Ponadto Izba podzieliła w tamtej sprawie pogląd, że wskazywane w odwołaniu przepisy TFUE (podobnie jak przepisy ustawy Pzp) nie nakładają na zamawiającego planującego udzielenie zamówienia w trybie zamówienia z wolnej ręki obowiązku wykazania, że nie narusza zasad konkurencji w inny sposób, aniżeli dzięki wykazaniu przesłanek wymaganych na mocy art. 67 ust. 1

pkt 12 Pzp. Odnosnie podnoszonego rowniez w tamtej sprawie twierdzenia, ze decyzja o udzieleniu zamowienia in-house powinna zostac poprzedzona analiza w przedmiocie konkurencji na rynku wlasciwym dla udzielanego zamowienia, podkreśliła, ze ustawa Pzp, w tym art. 67 ust. 1 i nast. (podobnie jak art. 12 dyrektywy) takiego obowiazku nie przewiduje. Nie można zatem domagać się od zamawiającego przedłożenia takiej analizy w jakiejś szczególnej formie. Izba jednocześnie zauważyła, że podane w informacji (o zamiarze udzielenia zamówienia) dane odnoszą się do ustaleń zamawiającego w zakresie przesłanek z art. 67 ust. 1 pkt 12 Pzp i jest to nic innego jak analiza dokonana w celu podjęcia decyzji, czy dopuszczalne jest skorzystanie z instytucji in-house. Z powyższego jednoznacznie wynika, że przepisy ustawy Pzp dotyczące udzielania zamówień publicznych, zgodne są z TFUE, a tym samym wystarczające jest spełnienie warunków wymienionych w art. 214 ust. 1 pkt 11 Pzp, by możliwe było udzielenie zamówienia w trybie z wolnej ręki. Gdyby prawodawca chciał ustanowić warunki inne, niewątpliwie dokonałby tego w odpowiednich aktach prawnych. Zamawiający podkreślił, że żadnej notyfikacji być nie musi i nie musiało. Na marginesie Zamawiający wskazał również na wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 11 czerwca 2021r., sygn. akt: XXIII Zs 27/21 oraz poglądy doktryny. Dodał że kompetencje Izby odnoszą się wyłącznie do badania zgodności podjęcia decyzji w zakresie udzielania zamówienia publicznego z ustawą Pzp. Ocena zgodności określonych środków pomocowych ze wspólnym rynkiem należy do wyłącznych kompetencji Komisji Europejskiej, podlegającej kontroli sądu wspólnotowego, co zostało przyznane wprost w wyroku Sądu Najwyższego z 20.11.2008 r., sygn. akt III SK 12/08. Potwierdziła to Izba w wyroku powyżej cytowanym.

Odnosząc się do zarzutu 9 Zamawiający wskazał na wyrok Izby z dnia 21 kwietnia 2017 r. KIO 625/17, przytaczając fragmenty uzasadnienia. Dodał, że stanowisko Izby zajęte w tej sprawie nie jest odosobnione, gdyż podobne wyraziła Izba już w wyroku z 7 lutego 2017 r. (sygn. akt KIO 96/17), którego fragmenty uzasadnienia również przytoczono w odpowiedzi na odwołanie.

W kontekście zarzutu 10 Zamawiający podniósł, iż nigdzie nie wskazywał, że zamówienie realizowane będzie z uwzględnieniem zasad ujętych w Decyzji UE 21/2012 Decyzja Komisji z dnia 20 grudnia 2011 r. w sprawie stosowania art. 106 ust. 2 TFUE do pomocy państwa w formie rekompensaty z tytułu świadczenia usług publicznych, przyznawanej przedsiębiorstwom zobowiązanym do wykonywania usług świadczonych w ogólnym interesie gospodarczym (notyfikowana jako dokument nr C(2011) 9380. Prawdopodobnie jest to fragment skopiowany z innego odwołania dotyczącego tzw. zamówień hybrydowych, w ocenie Zamawiającego niedopuszczalnych na krajowym rynku odbioru odpadów komunalnych. Zamawiający wskazał ponownie na wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 11 czerwca 2021r., sygn. akt: XXIII Zs 27/21, w którym wskazano m.in., że brak jest podstaw do nakładania na zamawiającego obowiązku przeprowadzenia analizy w zakresie nienaruszenia zasad konkurencji na rynku właściwym dla udzielanego zamówienia, gdyż wykraczałoby to poza wymogi wynikające na gruncie art. 67 ust. 1 pkt 12 dPzp, a najczęściej uniemożliwiałoby zastosowanie tego trybu. Pogląd ten przyjęty jest również w doktrynie, które podnosi że decyzja o udzieleniu zamówienia in-house nie musi zostać poprzedzona analizą w przedmiocie konkurencji na rynku właściwym dla przedmiotowego zamówienia, ponieważ dPzp, w tym art. 67 ust. 1 i in. takiego obowiązku nie przewiduje. Zamawiający podnosi również, że kompetencje Izby odnoszą się wyłącznie do badania zgodności podjęcia decyzji w zakresie udzielania zamówienia publicznego z ustawą Pzp. Ocena zgodności określonych środków pomocowych ze wspólnym rynkiem należy do wyłącznych kompetencji Komisji Europejskiej, podlegającej kontroli sądu wspólnotowego, co zostało przyznane wprost w wyroku Sądu Najwyższego z 20.11.2008 r., sygn. akt III SK 12/08. Potwierdziła to Izba w wyroku powyżej cytowanym.

W zakresie zarzutu 11 Zamawiający podniósł, iż Gmina Miasto Puck, jako podmiot publiczny, dokonała przed wszczęciem, analizy potrzeb i wymagań dla zadania pn. „Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych z terenu Gminy Puck”, o której mowa w art. 83 ustawy Pzp. Analiza obejmuje w szczególności: 1) badania możliwości zaspokojenia zidentyfikowanych potrzeb z wykorzystaniem zasobów własnych; 2) rozeznanie rynku: a) w aspekcie alternatywnych środków zaspokojenia zidentyfikowanych potrzeb, b) w aspekcie możliwości wariantów realizacji zamówienia, Dodatkowo analiza obejmuje ustalenia w zakresie niezbędnym do wskazania: 1) orientacyjnej wartości zamówienia dla każdego ze wskazanych wariantów, 2) możliwości podziału zamówienia na części, 3) przewidywanego trybu udzielenia zamówienia, 4) możliwości uwzględnienia aspektów społecznych, środowiskowych lub innowacyjnych zamówienia, 5) ryzyka związanych z postępowaniem o udzielenie i realizację zamówienia. Wybrany w wyniku dokonania analizy środkiem zaspokojenia zidentyfikowanej potrzeby w zakresie odbioru odpadów, jest udzielenie zamówienia w trybie art. 214 na odbiór odpadów komunalnych od mieszkańców. W dalszej kolejności dokonano wyboru wariantu realizacji zamówienia. Tym samym przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia w oparciu o wyniki analizy potrzeb i wymagań skutkuje zachowaniem spójności podejmowanych przez Zamawiającego działań, a także wpływa na zwiększenie transparentności i przejrzystości postępowań o udzielenie zamówień.

Dalej Zamawiający wskazał, iż kwestionuje zarzut 12, wskazując, że analiza potrzeb i wymagań została przeprowadzona. Zamawiający przedłożył ją w korespondencji kierowanej do Izby. Analiza została sporządzona odpowiednio do wymogów art. 83 ustawy Pzp i obejmuje w szczególności: badania możliwości zaspokojenia zidentyfikowanych potrzeb z wykorzystaniem zasobów własnych; rozeznanie rynku: w aspekcie alternatywnych środków

zaspokojenia zidentyfikowanych potrzeb oraz w aspekcie możliwości wariantów realizacji zamówienia. Dodatkowo analiza obejmuje ustalenia w zakresie niezbędnym do wskazania: orientacyjnej wartości zamówienia dla każdego ze wskazanych wariantów, możliwości podziału zamówienia na części, przewidywanego trybu udzielenia zamówienia, możliwości uwzględnienia aspektów społecznych, środowiskowych lub innowacyjnych zamówienia, ryzyk związanych z postępowaniem o udzielenie i realizację zamówienia. Tym samym zdaniem Gminy zarzut niniejszy formułowany jest „na siłę” mając nadzieje na pozytywny odzew Izby. W ustawie Pzp funkcjonują szczegółowe przepisy, które wskazują sposoby wykonania poszczególnych czynności. Wykonawca nie jest uprawniony, zdaniem Zamawiającego, do wymieniać bez końca tego, co jego zdaniem powinno znajdować się w treści uzasadnienia wyboru trybu postępowania. Gdyby tak było, w istocie powodowałoby to stałe ryzyko zakwestionowania uzasadnienia i brak pewności co do prawidłowości udzielenia zamówienia. Zamawiający wskazuje, że wbrew twierdzeniom odwołującego, doszło tym samym do zidentyfikowania najlepszego wariantu wykonania zamówienia.

Odnosząc się do zarzutu 13 Zamawiający wskazał, iż zamówienie zostało oszacowane zgodnie z cenami rynkowymi oraz kosztami świadczenia usług przez Spółkę kapitałowo i organizacyjnie powiązaną PGK sp. z o.o., a protokół z szacowania został przedłożony Krajowej Izbie Odwoławczej. Z ogłoszenia wynika natomiast jednoznacznie, że wartość zamówienia przekracza progi unijne. Gdyby nie dokonano szacowania, trudno byłoby wskazywać w uzasadnieniu fakt, że wartość zamówienia przekracza określoną kwotę. Wybór trybu postępowania jednoznacznie potwierdza dokonane szacowanie. Ponadto Zamawiający nigdzie nie wskazywał, że zamówienie realizowane będzie z uwzględnieniem zasad ujętych w Decyzji UE 21/2012, tym samym użycie określenia „Rekompensata” jest prawdopodobnie przeniesieniem niezamierzonym z innego szablonowego odwołania.

Odnosząc się do zarzutu 14 Zamawiający wyjaśnił, iż jak wskazano w dokumencie Analiza Potrzeb gdzie zamieszczono szacowanie ceny oraz analizie dotyczącej dopuszczalności powierzenia zadania w zakresie odbioru i transportu odpadów komunalnych od mieszkańców gdzie opracowano prognozy finansowe na okres 3 lat przyszłej działalności, Spółka PGK ZO sp. z o.o. posiada wymagane przepisami zasoby techniczne i organizacyjne do realizacji udzielonego w trybie art. 214 zamówienia odbioru i transportu odpadów. Spółka dysponuje 3 pojazdami technicznymi z czego to 2 śmieciarki Volvo FE, Data pierwszej rejestracji 26.07.2023, 1 śmieciarka Scania zoeller data pierwszej rejestracji 21.12.2021. Pojazdy te posiadają 6 osobową obsadę techniczną. Spółka posiada również wyodrębnioną bazę, która spełnia wymogi Rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 11 stycznia 2013 r. w sprawie szczególnych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości (Dz. U. z 2013 r. poz. 122). Tym samym zostały spełnione warunki potencjału technicznego i organizacyjnego do samodzielnego wykonania udzielonego zamówienia odbioru i transportu odpadów komunalnych. W realizacji zadania nie będą brali udziału podwykonawcy. Spółka posiada potencjał finansowy wynikający z wniesienia środków finansowych na kapitał zakładowy. Czynności administracyjne wykonywane będą w ramach outsourcingu (rachunkowość, BHP, BDO , obsługa prawna) co znacznie ograniczy ponoszone koszty realizacji zamówienia.

Mając na uwadze powyższe Zamawiający wskazał, że niezasadnym jego zdaniem jest kierowanie pytań prejudycjalnych do TSUE. Problemy, o których pisze odwołujący w piśmie były już należycie rozstrzygane przez organy krajowe. Odnoszono się w tym do zgodności przepisów o zamówieniach publicznych z TFUE uznając brak sprzeczności między nimi. W istocie pytania wyłącznie przedłużają przedmiotowe postępowanie uniemożliwiając udzielenie zamówienia w istotnej dla społeczności lokalnej kwestii. Zamawiający podnosi również, że także i odwołujący występował przed KIO prezentując często tożsame zarzuty i argumenty jak w innych sprawach. Gmina wskazuje, że jej zdaniem były one należycie rozstrzygane, dlatego zwracanie się z pytaniami do TSUE spowoduje wyłącznie przedłużenie toczącego się postępowania, czemu organy powinny przeciwdziałać.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron postępowania odwoławczego, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, uwzględniając akta sprawy odwoławczej, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w całości na podstawie art. 528 ustawy Pzp.

Izba uznała, iż Odwołujący wykazał, iż posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp. Należy zauważyć, iż w przypadku odwołania wnoszonego na czynność zamiaru zawarcia umowy w trybie zamówienia z wolnej ręki interes w uzyskaniu danego zamówienia wyraża się w tym, że gdyby zamawiający nie zdecydował się na ten tryb i wszczął postępowanie w trybie konkurencyjnym, to wykonawca mógłby wziąć udział w tym postępowaniu. Z taką sytuacją mamy do czynienia w niniejszej sprawie. Odwołujący jako jeden z wykonawców świadczących usługi z zakresu odbioru i transportu odpadów, w przypadku zastosowania konkurencyjnego trybu miałby szansę na uzyskanie zamówienia. Naruszenie przez Zamawiającego

przepisów wskazanych w odwołaniu mogłoby prowadzić zatem do utraty przez Odwołującego szansy na uzyskanie zamówienia i osiągnięcie zysku, jakie przyniosłoby mu wynagrodzenie z jego realizacji.

Izba dokonała ustaleń faktycznych w oparciu o dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego, w szczególności ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy, protokół postępowania, protokół z ustalenia wartości szacunkowej zamówienia, dokument „Analiza potrzeb i wymagań dla zadania pn. Odbiór i transport odpadów komunalnych z terenu Gminy Miasto Puck”, dokument „Analiza dopuszczalności powierzenia zadania Odbiór i transport odpadów komunalnych z terenu Gminy Miasto Puck w trybie art. 214 ust. 1 pkt 11 Pzp,” protokół z negocjacji wraz z załącznikiem nr 1 (wzorem umowy).

Izba dopuściła i przeprowadziła ponadto dowody z dokumentów złożonych przez Odwołującego wraz z odwołaniem (ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy z 15.09.2023 r., ogłoszenie o wyniku postępowania z 22.09.2023 r.) oraz podczas posiedzenia i rozprawy (wnioski o udostępnienie informacji publicznej skierowane do Zamawiającego i spółek PGK ZO, PGK oraz Puck Invest w dniu 31 października 2023 r., odpowiedź Gminy Miasta Puck z dnia 5 października 2023 r. na wniosek o udzielenie informacji publicznej z 21 września 2023 r., odpowiedź nieustalonego podmiotu z dnia 5 października 2023 r. na wniosek o udzielenie informacji publicznej (dokument podpisany przez F. Jetke), ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy opublikowane przez Miasto Stołeczne Warszawa w dniu 18 lutego 2022 r. pod numerem 2022/BZP 00062472 (nr ref. ZP/JK/271/IV-22/22), opinia prawna prof. A. Kidyby z 1 grudnia 2008 r. w sprawie zgodności art. 4 ust. 1 pkt 7 projektu ustawy o koncesji na roboty budowlane lub usługi z przepisami kodeksu spółek handlowych, ustawy o gospodarce komunalnej oraz ustaw chroniących w Polsce i UE wolną konkurencję, przygotowana na zlecenie Polskiej Izby Gospodarki Odpadami, informacja z dnia 7 marca 2023 r. o wyborze oferty konsorcjum z udziałem firmy PGK Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Miasta Łębork, nr ref. OŚG.271.Z.35.2022), na okoliczności wynikające z treści tych dokumentów, wskazane przez Odwołującego.

Izba dopuściła i przeprowadziła także dowody z dokumentów załączonych do odpowiedzi na odwołanie – informacji z rejestru przedsiębiorców KRS oraz tekstów jednolitych umów spółek PGK Sp. z o.o., Invest Puck sp. z o.o., PGK ZO Sp. z o.o., Zarządzenie nr 9/2023 Burmistrza Miasta Puck z dnia 9 stycznia 2023 r. w sprawie zasad nadzoru właścicielskiego nad spółkami prawa handlowego z udziałem Gminy Miasta Puck, na okoliczności wynikające z treści tych dokumentów, wskazane przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie.

Izba ustaliła, co następuje:

Zamawiający w dniu 13 października 2023 r. opublikował w Biuletynie Zamówień Publicznych ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy, której przedmiotem są usługi odbioru odpadów komunalnych zmieszanych i segregowanych z nieruchomości położonych na terenie Gminy Miasta Puck wraz z ich transportem.

W Sekcji III punkt 3.8. Krótki opis przedmiotu zamówienia wskazano: „Przedmiotem zamówienia jest odbiór i transport odpadów komunalnych zmieszanych i segregowanych z nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy oraz znajdują się domki letniskowe, a także z nieruchomości wykorzystywanych na cele rekreacyjno- wypoczynkowe położone na terenie Gminy Miasta Puck wraz z ich transportem do instalacji, której Zamawiający powierzył zadanie publiczne w zakresie odzysku i unieszkodliwiania odpadów.”

W Sekcji IV Tryb udzielenia zamówienia wskazano, iż zamówienie udzielane jest w trybie zamówienia z wolnej ręki na podstawie: art. 214 ust. 1 pkt 11 ustawy. W punkcie 4.2 Uzasadnieni faktyczne i prawne wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki wskazano: „Na podst. art. 6c i 6d ust. 1 oraz 6f ustawy z dnia 13.09.1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (t. j. - Dz.U. z 2020 r. poz. 1439 ze zm.) oraz art. 214 ust. 1 pkt 11 ustawy z dnia 11.09.2019 r. PZP (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.). uprawnione jest udzielanie przez gminy zamówień publicznych określonym podmiotom prawa w trybie zamówienia z wolnej ręki. Zamawiający zamierza skorzystać z tego uprawnienia i udzielić zamówienia spółce - Pucka Gospodarka Komunalna Zakład Oczyszczania Sp. z o. o. z s. w Pucku, 84-100 Puck, ul. Zamkowa 6, wpisana w KRS pod nr 0001058644, posiadająca nr NIP: 5871742411 oraz REGON 526432318. Spółka spełnia poszczególne wymagania określone w art. 214 ust. 1 pkt 11. Uwaga: dalszy ciąg uzasadnienia w sekcji VI Informacje dodatkowe. W Sekcji VI Informacje dodatkowe wskazano: „Przed wszystkim przepis wymaga sprawowania przez zamawiającego nad spółką kontroli, odpowiadającej kontroli sprawowanej nad własnymi jednostkami, która polega na dominującym wpływie na cele strategiczne oraz istotne decyzje dotyczące zarządzania sprawami tej osoby prawnej. Nie wyłącza się przypadku kontroli innej osoby prawnej kontrolowanej przez zamawiającego. Wymaganie powyższe zostało zachowane. Wspólnikami spółki są spółki ze 100% udziałem Gminy, w których zgromadzenie wspólników decyduje m.in. o wyborze członków Rad Nadzorczych i ci z kolei o wyborze i odwołaniu członków zarządu, którzy podejmują decyzje w zakresie prowadzenia spraw spółki. Mając wpływ na obsadę personalną możliwy jest wpływ na wymienione dziedziny działalności spółek, a tym samym i spółki powstałej z inicjatywy spółek komunalnych. To Zamawiający w istocie decyduje o wyznaczeniu celów zarządczych dla zarządów wymienionych spółek jak i kontroluje spółki za pośrednictwem wybranych przedstawicieli organu Rady Nadzorczej. Część decyzji w spółce nie może być również podjęta bez bezpośredniej zgody Zgromadzenia Wspólników. Wspólnikowi w aktach założycielskich przyznano także szczególne uprawnienia informacyjne,

które pomagają w podejmowaniu ważnych decyzji kontrolnych. Zarazem w żadnej z umów spółek nie przewiduje się ograniczeń dla Zamawiającego w możliwości wywierania wpływu na cele strategiczne czy istotne decyzje. Na podstawie wiarygodnych prognoz handlowych, tj. opinii specjalistów w tym zakresie, ustalono również istnienie przesłanki wymienionej pod lit. b w art. 214 ust. 1 pkt 11. Konieczność wzięcia pod uwagę tych prognoz ustalono na podstawie art. 214 ust. 6 pzp, wobec tego, że osoba prawna działa na rynku krócej niż 3 lata i dane do wyliczenia procenta działalności są z obiektywnego punktu widzenia niedostępne. Procent działalności przekracza ustawowe minimum 90%. W kontrolowanej osobie prawnej nie ma również bezpośredniego udziału kapitału prywatnego. Kapitał spółki pochodzi bowiem wyłącznie z kapitałów spółek komunalnych ze 100% udziałem Gminy, a więc podmiotu publicznego.”

W Sekcji V punkt 5.1.1. wskazano nazwę (firmę) wykonawcy, któremu Zamawiający zamierza udzielić zamówienia: Pucka Gospodarka Komunalna Zakład Oczyszczania sp. z o. o. z siedzibą w Pucku.

Izba zważyła, co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zarzut nr 1

Izba za niezasadny uznała zarzut naruszenia art. 216 ust. 1 w zw. z art. 267 ust. 2 pkt 2) w zw. z art. 16 pkt 1), 2) i 3) i 18 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z § 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) poprzez niewyczerpujące uzasadnienie faktyczne i prawne wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki, podczas gdy wybór trybu niekonkurencyjnego możliwy jest wyłącznie na zasadzie wyjątku (odstępstwa od zasady) i w związku z tym wymaga szerokiego uzasadnienia oraz powołania wszelkich danych źródłowych umożliwiających weryfikację jego prawdziwości.

Przywołując treść przepisów, których naruszenie zarzucono należy wskazać, iż zgodnie z art. 16 ustawy Pzp zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; 2) przejrzysty; 3) proporcjonalny. Art. 18 ust. 1 ustawy Pzp wskazuje, że postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne. 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. Art. 267 ust. 2 pkt 2) ustawy Pzp stanowi, iż w Biuletynie Zamówień Publicznych zamawiający zamieszcza następujące rodzaje ogłoszeń: ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy. W § 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) wskazano, iż w ww. rozporządzeniu określa się zakres informacji zawartych w ogłoszeniach zamieszczanych w BZP dla następujących ogłoszeń: (...) pkt 2) ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy, stanowiący załącznik nr 2 do rozporządzenia.

W pierwszej kolejności należy wskazać, iż publikacja wskazanego w art. 216 ust. 1 ustawy Pzp ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy stanowi obowiązek informacyjny instytucji zamawiającej warunkujący możliwość zawarcia ważnej umowy na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 11 ustawy Pzp, co może nastąpić nie wcześniej niż po upływie 14 dni od zamieszczenia ww. ogłoszenia. Przepisy ustawy Pzp nie precyzują zakresu informacji, jakie mają zostać zawarte w ogłoszeniu o zamiarze zawarcia umowy. Zakres ten został zdefiniowany w akcie wykonawczym, a konkretnie w załączniku nr 2 do Rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie ogłoszeń zamieszczanych w Biuletynie Zamówień Publicznych. Załącznik ten ukazuje intencje prawodawcy co do zakresu i szczegółowości informacji, których zamieszczenie w ogłoszeniu o zamiarze zawarcia umowy ma charakter obowiązkowy. Zgodnie z pkt 4.2) tego załącznika w ogłoszeniu zamieszcza się uzasadnienie faktyczne i prawne wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia albo zamówienia z wolnej ręki.

Bezsporne jest zatem, że po stronie Zamawiającego zaktualizował się obowiązek przedstawienia w ogłoszeniu o zamiarze zawarcia umowy uzasadnienia faktycznego i prawnego dla wyboru trybu z wolnej ręki. Niemniej przepisy ustawy Pzp i ww. rozporządzenia nie odnoszą się do zakresu informacji, jakie powinny zostać w tym uzasadnieniu przedstawione. Zakres niezbędnych informacji będzie co do zasady determinowany przesłankami zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki właściwymi dla danego przypadku opisanego w art. 214 ust. 1 ustawy Pzp, na którego zaistnienie powołuje się instytucja zamawiająca. W orzecznictwie wskazuje się, iż oceniając przedstawione przez instytucję zamawiającą uzasadnienie nie można tracić z oczu faktu, iż zmiana przepisów dotyczących publikacji informacji o zamiarze zawarcia umowy częściowo wymusiła na zamawiających pewne ograniczenia związane z zakresem rozpowszechnianych informacji i ich szczegółowością. W obecnym stanie prawnym zamawiający zobowiązany jest zamieścić ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy na odpowiednim formularzu, z użyciem dedykowanego narzędzia, podczas gdy uprzednio stosowna informacja była publikowana na stronie podmiotowej Biuletynu Informacji Publicznej i brak było ograniczeń treściowych (por. wyrok KIO z dnia 17 stycznia 2022 r., sygn. akt KIO 3621/22, wyrok KIO z dnia 7 lutego 2022 r., sygn. akt KIO 181/22). Mając to na względzie podkreślić należy, iż ocena czy przedstawione uzasadnienie

faktyczne i prawne jest dostateczne, zależy od okoliczności konkretnego stanu faktycznego, w tym przede wszystkim od tego, czy uzasadnienie to poddaje się kontroli.

W ocenie Izby uzasadnienie przedstawione przez Zamawiającego, choć faktycznie nie było obszerne, to jednak jednoznacznie identyfikowało podstawę prawną wyboru trybu z wolnej ręki oraz odnosiło się do wszystkich przesłanek udzielenia zamówienia *in-house* na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 11 ustawy Pzp, a jako takie pozwalało na kontrolę działania Zamawiającego, o czym świadczy sama treść odwołania i mnogość postawionych w nim zarzutów. Zamawiający wskazał spółkę, której zamierza udzielić zamówienia, wyjaśnił, że jej współnikami są spółki ze 100% udziałem Gminy Miasta Puck, jak i powołał się na okoliczności wskazujące na sprawowanie kontroli, w tym wpływ na obsadę personalną, wpływ na dziedzinę działalności spółek, na fakt że to Zamawiający w istocie decyduje o wyznaczeniu celów zarządczych dla zarządów wymienionych spółek jak i kontroluje spółki za pośrednictwem wybranych przedstawicieli organu Rady Nadzorczej, na okoliczność, iż w żadnej z umów spółek nie przewiduje się ograniczeń dla Zamawiającego w możliwości wywierania wpływu na cele strategiczne czy istotne decyzje. Zamawiający wyjaśnił ponadto podstawę ustalenia procenta działalności, o którym mowa w art. 214 ust. 1 pkt 11 lit. b) wskazując na sporządzone prognozy handlowe, wobec tego, że osoba prawna działa na rynku krócej niż 3 lata i dane do wyliczenia procenta działalności są z obiektywnego punktu widzenia niedostępne. Zamawiający wskazał też, że w kontrolowanej osobie prawnej nie ma również bezpośredniego udziału kapitału prywatnego, kapitał spółki pochodzi bowiem wyłącznie z kapitałów spółek komunalnych ze 100% udziałem Gminy, a więc podmiotu publicznego. Tym samym Zamawiający odniósł się do każdej z ustawowych przesłanek udzielenia zamówienia *in-house*, a sam fakt, że dla Odwołującego – wedle jego subiektywnego przekonania – uzasadnienie było niedostatecznie szczegółowe, nie przesądza jeszcze o naruszeniu przepisów.

Odnosząc się do stanowiska Odwołującego, jakoby Zamawiający miał obowiązek w treści uzasadnienia zastosowania trybu z wolnej ręki odnieść się do wszystkich dokumentów źródłowych, na których oparł swoją decyzję i udostępnić te materiały w sposób umożliwiający niezwłoczną ich weryfikację przez zainteresowane podmioty, należy wskazać, iż tego rodzaju obowiązek nie wynika z przepisów ustawy Pzp ani Rozporządzenia w sprawie ogłoszeń zamieszczanych w Biuletynie Zamówień Publicznych. Podkreślić należy, że dokumenty takie jak prognozy handlowe czy analiza potrzeb i wymagań to dokumenty opracowywane i wykorzystywane na potrzeby weryfikacji okoliczności, o których mowa w art. 214 ust. 1 pkt 11 ustawy Pzp, co jednak nie jest równoznaczne z obowiązkiem załączania ich do ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy czy przytaczania ich treści w uzasadnieniu zawartym w tym ogłoszeniu. Ogłoszenie o zamiarze udzielenia zamówienia samo w sobie nie przewiduje możliwości dołączenia do niego załączników ani nie przewiduje obowiązku (a wręcz możliwości technicznej z uwagi na limity tekstowe) zamieszczenia szczegółowej treści dokumentów źródłowych. Prawdą jest, jak podnosił Odwołujący na przykładzie złożonego jako dowód ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy opublikowanego przez m.st. Warszawa, że możliwe, a nawet pożądané jest umieszczenie w takim ogłoszeniu np. hiperłącza do właściwych dokumentów zamówienia, niemniej tego rodzaju obowiązek z przepisów ustawy Pzp i ww. rozporządzenia nie wynika. Gdyby zamiarem ustawodawcy było nałożenie na zamawiających obowiązku rozpowszechniania wraz z ogłoszeniem dokumentów nazywanych przez Odwołującego „źródłowymi”, to wynikałoby to wprost z przepisów.

W uzasadnieniu odwołania powołano się ponadto na okoliczność, że proces uzyskiwania dokumentów w trybie dostępu do informacji publicznej może być czasochłonny i niespójny z terminami na wniesienie odwołania. Izba wskazuje, iż zgodnie z art. 13 ust. 1 ustawy z dnia 6 września 2001 r. o dostępie do informacji publicznej (tj. Dz. U. z 2022 r. poz. 902) udostępnianie informacji publicznej na wniosek następuje bez zbędnej zwłoki, nie później jednak niż w terminie 14 dni od dnia złożenia wniosku, z zastrzeżeniem ust. 2 i art. 15 ust. 2. Skład orzekający ma świadomość, iż udostępnienie informacji publicznej niejednokrotnie nie następuje niezwłocznie, niemniej po pierwsze nie jest prawdą zawarte na str. 7 odwołania stwierdzenie, że termin na wniesienie odwołania w rozpoznawanej sprawie wynosił 5 dni (gdyż wynosił on 10 dni), a po drugie – co kluczowe - Odwołujący do upływu terminu na wniesienie odwołania w ogóle nie wystąpił do Zamawiającego z wnioskiem o udostępnienie dokumentów ani w trybie ustawy Pzp ani w trybie ustawy o dostępie do informacji publicznej. Już na wstępie odwołania wskazano, że Odwołujący „dopiero wystąpi z wnioskiem o udostępnienie dokumentów”, co - w świetle złożonych przez niego na posiedzeniu dowodów – nastąpiło dopiero 31 października 2023 r., czyli 8 dni po upływie terminu na wniesienie odwołania i 18 dni po opublikowaniu ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy. Nie sposób zatem uznać, aby Odwołujący dochował, oczekiwanej od niego jako podmiotu profesjonalnego, należytej staranności w pozyskaniu dokumentów dotyczących przedmiotowego zamówienia, którymi był zainteresowany. W takiej sytuacji powoływanie się przez Odwołującego w treści odwołania i podczas rozprawy na okoliczność, iż uzasadnienie przedstawione przez Zamawiającego było niedostateczne a Odwołującemu nie przekazano pożądaných dokumentów, należy uznać za nieuprawnione. Gdyby Odwołujący wystąpił ze stosownym wnioskiem niezwłocznie po opublikowaniu ogłoszenia *ex ante*, jego sytuacja procesowa byłaby inna.

Co więcej, podkreślić należy, że Odwołujący jako strona postępowania odwoławczego miał niczym nieograniczone prawo wglądu do akt sprawy o sygn. KIO 3133/23, w których to aktach znajdowała się pełna dokumentacja przekazana przez Zamawiającego, zawierająca m.in. analizę spełnienia przesłanek z art. 214 ust. 1 pkt 11 ustawy Pzp, analizę

potrzeb i wymagań, protokół z negocjacji, etc. W postępowaniu odwoławczym Odwołujący miał zatem możliwość zapoznania się z dokumentami wpływającymi na ocenę możliwości udzielenia zamówienia z wolnej ręki, jednak z przysługującego mu uprawnienia nie skorzystał. Odwołujący miał także możliwość zapoznania się ze szczegółową argumentacją przedstawioną przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie i dokumentami załączonymi do tego pisma, takimi jak uchwały spółek czy zarządzenie Burmistrza Miasta Puck z dnia 9 stycznia 2023 r. w sprawie zasad nadzoru właścicielskiego nad spółkami prawa handlowego z udziałem Gminy Miasta Puck (odpowiedź ta została złożona 3 listopada 2023 r., a więc 4 dni przed wyznaczonym terminem posiedzenia), a mimo tego Odwołujący podczas rozprawy do pisma Zamawiającego i załączonych do niego dowodów w zasadzie się nie odniósł. W ocenie Izby, mając na względzie relatywnie bierną postawę Odwołującego, można wywieść wniosek, iż w istocie jego działania zmierzały do przedłużenia postępowania prowadzonego przez Zamawiającego, na co pośrednio wskazywał złożony przez Odwołującego wniosek o odroczenie posiedzenia aż do czasu uzyskania przez Odwołującego odpowiedzi Zamawiającego na wniosek z dnia 31 października 2023 r. o udostępnienie informacji publicznej, mimo iż w aktach sprawy KIO 3133/23 znajdowała się pożądana przez Odwołującego dokumentacja. Odwołujący nie złożył jednak wniosku o wgląd do akt postępowania odwoławczego.

Zarzut nr 2

Zarzut naruszenia art. 99 ust. 1 i 2 i art. 112 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 6d ust. 4 ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach poprzez zaniechanie określenia w dokumentach zamówienia szczegółowych wymagań stawianych przedsiębiorcom odbierającym odpady komunalne od właścicieli nieruchomości oraz wymaganych ww. ustawą elementów opisu zamówienia, Izba uznała za nieuzasadniony.

Zgodnie z art. 99 ust. 1 ustawy Pzp przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Ust. 2 tego przepisu stanowi, iż Zamawiający określa w opisie przedmiotu zamówienia wymagane cechy dostaw, usług lub robót budowlanych. Cechy te mogą odnosić się w szczególności do określonego procesu, metody produkcji, realizacji wymaganych dostaw, usług lub robót budowlanych, lub do konkretnego procesu innego etapu ich cyklu życia, nawet jeżeli te czynniki nie są ich istotnym elementem, pod warunkiem że są one związane z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalne do jego wartości i celów.

Zgodnie z art. 6d ust. 4 u.c.p.g. wójt, burmistrz lub prezydent miasta w przypadku sporządzania dokumentów zamówienia określa w nich w szczególności: 1) wymogi dotyczące przekazywania odebranych niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych do instalacji komunalnych; 2) rodzaje odpadów komunalnych odbieranych selektywnie od właścicieli nieruchomości; 3) standard sanitarny wykonywania usług oraz ochrony środowiska; 4) obowiązek prowadzenia dokumentacji związanej z działalnością objętą zamówieniem; 4a) szczegółowy sposób postępowania w przypadku stwierdzenia nieselektywnego zbierania odpadów; 5) instalacje, w szczególności instalacje komunalne, do których podmiot odbierający odpady komunalne od właścicieli nieruchomości, jest obowiązany przekazać odebrane odpady - w przypadku udzielania zamówienia publicznego na odbieranie odpadów od właścicieli nieruchomości lub zobowiązuje do wskazania takich instalacji w ofercie - w przypadku udzielania zamówienia publicznego na odbieranie i zagospodarowywanie tych odpadów; w przypadku niewielkich ilości odebranych odpadów selektywnie zbieranych możliwe jest wskazanie podmiotu zbierającego te odpady; 6) szczegółowe wymagania stawiane przedsiębiorcom odbierającym odpady komunalne od właścicieli nieruchomości; 7) obowiązek zagospodarowania odpadów komunalnych zgodnie z hierarchią sposobów postępowania z odpadami.

W ocenie Izby argumentacja przedstawiona w uzasadnieniu ww. zarzutu była chaotyczna i pozbawiona wniosków. Odwołujący najpierw powołał się na art. 112 ust. 1 ustawy Pzp, który odnosi się *stricto* do warunków udziału w postępowaniu, a zatem do kwalifikacji podmiotowej wykonawców ubiegających się o zamówienie, po czym wskazał na art. 6d u.c.p.g. odnoszący się do informacji, jakie powinny znaleźć się w dokumentach zamówienia, związanych z opisem przedmiotu zamówienia i etapem realizacji tego zamówienia. Po zacytowaniu tych dwóch regulacji i przywołaniu orzeczenia Sądu Okręgowego w Nowym Sączu Odwołujący nie przedstawił żadnych konstruktywnych wniosków ani merytorycznego uzasadnienia zarzutów.

Ponadto Odwołujący zdawał się upatrywać braku określenia wymagań czy elementów opisu przedmiotu zamówienia w tym, że nie zawarto ich w treści ogłoszenia *ex ante*, niemniej jak wynika z załącznika nr 2 do z dnia 23 grudnia 2020 r. zakres informacji zawartych w ogłoszeniu o zamiarze zawarcia umowy nie obejmuje informacji dotyczących kwalifikacji podmiotowej wykonawcy, zaś w odniesieniu do opisu przedmiotu zamówienia wskazuje jedynie na krótki opis przedmiotu zamówienia i główny oraz dodatkowy kod CPV. Z kolei z art. 6d u.c.p.g. wprost wynika, że wskazane tam informacje mają znaleźć się w dokumentach zamówienia, a nie w ogłoszeniu o zamiarze zawarcia umowy. Dokumenty zamówienia, zgodnie z art. 7 pkt 3 ustawy Pzp to dokumenty sporządzone przez zamawiającego lub dokumenty, do których zamawiający odwołuje się, inne niż ogłoszenie, służące do określenia lub opisanego warunków zamówienia, w tym specyfikacja warunków zamówienia oraz opis potrzeb i wymagań. Izba ustaliła, iż w dokumentach przekazanych przez Zamawiającego, poza analizą potrzeb i wymagań, znajdują się udostępnione wraz z zaproszeniem do negocjacji

informacje niezbędne do przeprowadzenia postępowania, w tym informacje dotyczące podmiotowych środków dowodowych oraz projektowane postanowienia umowy zawierające opis przedmiotu zamówienia i warunki jego realizacji. Wzór umowy, uzupełniony o wynegocjowane warunki cenowe, został załączony ponadto do protokołu z negocjacji.

W tym stanie rzeczy stanowisko Odwołującego nie znajduje żadnego uzasadnienia.

Zarzut 3

Za niewykazany Izba uznała zarzut naruszenia art. 214 ust. 1 pkt 11) lit. a) ustawy Pzp poprzez nieprawidłowe uznanie, że: zamawiający sprawuje nad PGK ZO kontrolę odpowiadającą kontroli sprawowanej nad własnymi jednostkami, polegającą na dominującym wpływie na cele strategiczne oraz istotne decyzje dotyczące zarządzania sprawami tej osoby prawnej; zamawiający sprawuje nad wspólnikami PGK ZO kontrolę odpowiadającą kontroli sprawowanej nad własnymi jednostkami, polegającą na dominującym wpływie na cele strategiczne oraz istotne decyzje dotyczące zarządzania sprawami tych osób prawnych; wspólnicy PGK ZO (Invest Puck sp. z o.o. oraz PGK sp. z o.o.) sprawują nad PGK ZO kontrolę, o której mowa w art. 214 ust. 1 pkt 11) lit. a) ustawy Pzp; - podczas gdy sam fakt ogólnych lub teoretycznych powiązań nie jest wystarczającą przesłanką do uznania spełnienia rzeczzonego warunku kontroli.

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: zamówienie udzielane jest przez zamawiającego, o którym mowa w i , 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.

W odniesieniu do przesłanki z lit. a), będącej przedmiotem omawianego zarzutu, należy wskazać, iż do jej spełnienia niezbędne jest ustalenie, że zamawiający sprawuje nad osobą prawną kontrolę odpowiadającą kontroli sprawowanej nad własnymi jednostkami. Warunek ten jest również spełniony, gdy kontrolę taką sprawuje inna osoba prawna kontrolowana przez zamawiającego w taki sam sposób. Ustawodawca w ustawie Pzp doprecyzował, że kontrola ta ma polegać na dominującym wpływie na cele strategiczne oraz istotne decyzje dotyczące zarządzania sprawami tej osoby prawnej, co jest pochodną wypracowanego w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości rozumienia pojęcia sprawowania kontroli (por. w szczególności orzeczenia Trybunału z 18 listopada 1999 r. w sprawie C-107/98 *Teckal*, z 13 października 2005 r. w sprawie C-458/03 *Parking Brixen*, z 13 listopada 2008 r. w sprawie C-324/07 *Coditel*, z 11 maja 2006 r. w sprawie C-340/04 *Carbotermo*). W oparciu o powyższe orzecznictwo należy wskazać, 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. Z kolei wpływ na istotne decyzje dotyczące zarządzania sprawami osoby prawnej to konieczność uzgadniania czynności istotnych dla działalności tej osoby prawnej, brak autonomicznych uprawnień organu zarządzającego danej osoby prawnej gwarantujących jej niezależność decyzyjną w kluczowych kwestiach.

Wskazać także należy na wyroki Izby z dnia 7 lutego 2017 r., sygn. akt KIO 158/17 oraz z dnia 21 kwietnia 2017 r., sygn. akt KIO 625/17, w których zwrócono uwagę, iż „w istocie rzeczy status prawny spółki gminnej jest pochodną statusu prawnego jej wspólnika i założyciela zarazem, czyli jednostki samorządu terytorialnego. Jakkolwiek tego rodzaju relacja i zależność pomiędzy spółką i jej założycielem zawsze występuje, to w przypadku spółek komunalnych jest ona przez ustawodawcę szczególnie silnie eksponowana, a wynika to z ustawy o samorządzie gminnym oraz ustawy o gospodarce komunalnej. Wiąże się to z faktem, że spółka wykonuje zadania należące do gminy, w zakresie spółce powierzonym, a jej działanie nie jest nastawione przede wszystkim na zysk, lecz ma zaspokajać zbiorowe potrzeby wspólnoty samorządowej. (...) Spółka prawa handlowego, podobnie jak i zakład budżetowy, to tylko formy wykonywania przez jednostki samorządu terytorialnego tychże zadań. Z tego stwierdzenia nasuwa się wniosek, że spółka komunalna oraz zakład budżetowy są jedynie swoistymi instrumentami w rękach gminy, która decyduje o ich utworzeniu, przedmiocie ich działalności, a także o ich likwidacji.”

Przenosząc powyższe rozważania na kanwę rozpoznawanej sprawy należy wskazać, iż okolicznością bezsporną i znajdującą potwierdzenie w informacjach odpowiadających aktualnym odpisom KRS spółek PGK Sp. z o.o. oraz Puck Invest Sp. z o.o., jak i w ich aktach założycielskich, jest to, że 100% udziałów w każdej ww. spółce posiada Zamawiający. Również nie była sporna okoliczność, że te dwa podmioty są jedynymi wspólnikami w spółce, której Zamawiający zamierza powierzyć zamówienie *in-house*, tj. PGK ZO Sp. z o.o. (przy czym PGK Sp. z o.o. posiada 590 udziałów, a Puck Invest Sp. z o.o. jest wspólnikiem mniejszościowym i posiada 10 udziałów). W przedmiotowej sytuacji mamy zatem do czynienia z kontrolą pośrednią, tj. Zamawiający sprawuje wyłączną kontrolę nad PGK Sp. z o.o. oraz Puck Invest Sp. z

o.o., zaś ww. spółki sprawują bezpośrednią kontrolę nad nowo powstałą spółką PGK ZO. W tym miejscu należy wskazać, iż całkowicie bezzasadne było stanowisko Odwołującego, który podczas rozprawy podnosił, że taka pośrednia kontrola nie wykazuje spełnienia przesłanki z art. 214 ust. 1 pkt 11 lit. a) ustawy Pzp. Z ww. przepisu wynika wprost okoliczność przeciwna – ustawodawca jednoznacznie wskazał, iż „Warunek jest również spełniony, gdy kontrolę taką sprawuje inna osoba prawna kontrolowana przez zamawiającego w taki sam sposób.”

Izba stwierdziła, iż argumentacja zawarta w uzasadnieniu zarzutu skupiała się wyłącznie na ogólnych wywodach teoretycznych co do skuteczności sprawowanej kontroli i roli zgromadzenia wspólników oraz rady nadzorczej w spółce z ograniczoną odpowiedzialnością z systemowego punktu widzenia. Odwołujący – mimo, że zarzucał Zamawiającemu niepełne uzasadnienie wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki - sam w odwołaniu ogółnie nie odniósł się do zawartego w tym uzasadnieniu wyводу dotyczącego art. 214 ust. 1 pkt 11 lit. a) ustawy Pzp. Zamawiający w ogłoszeniu o zamiarze zawarcia umowy wskazał, iż „*przepis wymaga sprawowania przez zamawiającego nad spółką kontroli, odpowiadającej kontroli sprawowanej nad własnymi jednostkami, która polega na dominującym wpływie na cele strategiczne oraz istotne decyzje dotyczące zarządzania sprawami tej osoby prawnej. Nie wyłącza się przypadku kontroli innej osoby prawnej kontrolowanej przez zamawiającego. Wymaganie powyższe zostało zachowane. Wspólnikami spółki są spółki ze 100% udziałem Gminy, w których zgromadzenie wspólników decyduje m.in. o wyborze członków Rad Nadzorczych i ci z kolei o wyborze i odwołaniu członków zarządu, którzy podejmują decyzje w zakresie prowadzenia spraw spółki. Mając wpływ na obsadę personalną możliwy jest wpływ na wymienione dziedziny działalności spółek, a tym samym i spółki powstałej z inicjatywy spółek komunalnych. To Zamawiający w istocie decyduje o wyznaczeniu celów zarządczych dla zarządów wymienionych spółek jak i kontroluje spółki za pośrednictwem wybranych przedstawicieli organu Rady Nadzorczej. Część decyzji w spółce nie może być również podjęta bez bezpośredniej zgody Zgromadzenia Wspólników. Wspólnikowi w aktach założycielskich przyznano także szczególne uprawnienia informacyjne, które pomagają w podejmowaniu ważnych decyzji kontrolnych. Zarazem w żadnej z umów spółek nie przewiduje się ograniczeń dla Zamawiającego w możliwości wywierania wpływu na cele strategiczne czy istotne decyzje.*” W odwołaniu próżno szukać jakiegokolwiek odniesienia się do ww. argumentacji.

Analogicznie Odwołujący podczas rozprawy nie odniósł się do argumentacji zawartej przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie ani do załączonych do tej odpowiedzi dowodów. Tymczasem Zamawiający przedstawił szczegółowe dane wykazujące, że sprawuje kontrolę polegającą na dominującym wpływie na cele strategiczne i istotne decyzje dotyczące zarządzania sprawami spółek PGK Sp. z o.o., Puck Invest sp. z o.o., ale i PGK ZO sp. z o.o. Zamawiający powołał się na konkretne postanowienia aktów założycielskich, złożył także jako dowody teksty jednolite tych dokumentów. Zamawiający wskazał m.in., iż Gmina posiada sformułowane zasady nadzoru właścicielskiego nad spółkami z udziałem gminy i jako dowód załączył Zarządzenie Burmistrza w sprawie zasad nadzoru właścicielskiego nad spółkami prawa handlowego z udziałem Gminy Miasta Puck. Powołał się także na władztwo faktyczne będące atrybutem jednostek samorządu terytorialnego, powodujące, że ostatecznie decyzje zarządów spółek są uzależnione od woli ich założycieli, nawet jeśli w łańcuchu powiązań występuje kilka podmiotów. Zamawiający szczególną uwagę zwrócił na to, że rady nadzorcze trzech rozważanych spółek mają uprawnienia do powoływania i odwoływania (w każdym czasie) członków zarządu, zatem de facto Gmina ma możliwość zablokowania działań zarządu niezgodnych z założonymi celami strategicznymi i wyegzekwowania podjęcia istotnych decyzji dotyczących zarządzania tymi spółkami, zgodnie ze swoją wolą. Podczas rozprawy Zamawiający dodał, że dwóch z trzech członków rady nadzorczej PGK ZO Sp. z o.o. to wiceburmistrz oraz skarbnik Gminy. Ponadto dwóch członków rady nadzorczej PGK ZO Sp. z o.o. jest również członkami rady nadzorczej Puck Invest sp. z o.o. Izba stwierdziła ponadto w oparciu o przedstawione przez Zamawiającego dowody, że prokurentem samoistnym PGK ZO jest prezes zarządu PGK Sp. z o.o. i Puck Invest sp. z o.o. Pomiędzy spółkami zachodzą zatem powiązania zarówno kapitałowe, jak i osobowe.

Zamawiający powołał się też na § 5 umowy spółki PGK ZO, z którego wynika, że przedmiotem działalności spółki jest wykonywanie zadań własnych miasta o charakterze użyteczności publicznej, których celem jest bieżące i nieprzerwane zaspokajanie zbiorowych potrzeb wspólnoty samorządowej, w szczególności zadań związanych z odbiorem, transportem i gospodarowaniem odpadami, oraz w miarę możliwości i potrzeb zadań nienaruszających statusu osoby prawa publicznego zgodnie z wymogami art. 12 Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 24 lutego 2014r. Omówił kompetencje rady nadzorczej wskazane § 18 ust. 3, zwrócił też uwagę, że funkcję Zgromadzenia Wspólników w spółce PGK ZO pełni prezes zarządu spółek komunalnych będących wspólnikami spółki, czyli osoba wybierana przez rady nadzorcze spółek komunalnych, a członków rady nadzorczej wybiera bezpośrednio Gmina. Zamawiający wskazał także na szczególne uprawnienia Zgromadzenia Wspólników przewidziane w § 21 umowy spółki. Odniósł się ponadto do postanowień aktów założycielskich spółek PGK Sp. z o.o. i Invest Puck, wskazując m.in. na § 16, 17, 19 i 25 aktu założycielskiego Invest Puck sp. z o.o. i tożsame uregulowania w akcie założycielskim drugiej spółki. Odwołujący nie podjął żadnej polemiki ze stanowiskiem Zamawiającego zawartym w odpowiedzi na odwołanie, a w szczególności nie poddał analizie postanowień aktów założycielskich oraz Zarządzenia Burmistrza Miasta Puck przedstawionych przez Zamawiającego. Zamiast tego Odwołujący przedstawił opinię prawną, która nie odnosi się w ogóle do stanu faktycznego przedmiotowej sprawy lecz do oceny projektu ustawy o koncesji na roboty budowlane lub usługi

przygotowanej na zlecenie Polskiej Izby Gospodarki Odpadami w grudniu 2008 r. Dowód ten jest nieprzydatny dla rozstrzygnięcia.

W ocenie Izby przedstawionej przez Zamawiającego dokumentacji nie wynikały okoliczności, które wskazywałyby na ograniczenie, osłabienie sprawowania kontroli przez Zamawiającego i odpowiednio spółek, których Zamawiający jest jedynym wspólnikiem. Tymczasem aby uznać, że nie mamy do czynienia z taką kontrolą, w sytuacji gdy wspólnikami PGK ZO Sp. z o.o. są dwie inne spółki komunalne ze 100% udziałem Gminy, należałoby wykazać, iż prawa Zamawiającego (odpowiednio spółek) wynikające z przysługujących udziałów doznają ograniczeń w sposób wpływający na istnienie dominującego wpływu na cele strategiczne oraz istotne decyzje dotyczące zarządzania sprawami tej osoby prawnej, np. gdy z aktu założycielskiego wynika, że jednostka zamawiająca (odpowiednio spółka) jest ograniczona w wykonywaniu pełnego prawa głosu z przysługujących jej udziałów na walnym zgromadzeniu lub w jakikolwiek inny sposób nie ma pełnej swobody w ustalaniu celów strategicznych tej osoby prawnej. Tymczasem w rozpoznawanym przypadku nie wykazano jakichkolwiek ograniczeń w zakresie wykonywania praw z przysługujących Zamawiającemu (odpowiednio spółkom) udziałów w kapitale zakładowym na Zgromadzeniu Wspólników, nie ograniczono uprawnień rewizyjnych Rady Nadzorczej. Odwołujący – mimo, iż dysponował aktami założycielskimi - nie wskazał podczas rozprawy żadnych okoliczności mogących wskazywać na osłabienie kontroli Zamawiającego nad podległymi mu osobami prawnymi.

Tym samym nie sposób uznać, aby wykazał on zasadność zarzutu.

Zarzut 4

Za niezasadny Izba uznała zarzut naruszenia art. 214 ust. 1 pkt 11) lit. b) w zw. z art. 214 ust. 6 w zw. z art. art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 58 § 1 i 2 w zw. z art. 83 § 1 ustawy Kodeks cywilny poprzez nieprawidłowe uznanie, że ze sporządzonych „opinii specjalistów” wynika, że ponad 90% działalności kontrolowanej osoby prawnej (PGK ZP) dotyczy wykonywania zadań powierzonych PGK ZO przez zamawiającego sprawującego kontrolę, powierzonych PGK ZO przez wspólników PGK (Invest Puck sp. z o.o. oraz Pucka Gospodarka Komunalna sp. z o.o.) podczas gdy niniejsza przesłanka nie została spełniona, a „opinie specjalistów” zostały sporządzone dla pozorów oraz nie mogą być kwalifikowane w szczególności jako „wiarygodne” prognozy handlowe.

Przywołując treść ww. przepisów Izba wskazuje, iż zgodnie z art. 214 ust. 6 ustawy 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. Treść art. 214 ust. 1 pkt 11) lit. b) ustawy Pzp została już wskazana powyżej.

Art. 8 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, iż do czynności podejmowanych przez zamawiającego, wykonawców oraz uczestników konkursu w postępowaniu o udzielenie zamówienia i konkursie oraz do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny (Dz.U. z 2022 r., i oraz z 2023 r.), jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. Zgodnie z art. 58 § 1 k.c. czynność prawna sprzeczna z ustawą albo mająca na celu obejście ustawy jest nieważna, chyba że właściwy przepis przewiduje inny skutek, w szczególności ten, iż na miejsce nieważnych postanowień czynności prawnej wchodzi odpowiednie przepisy ustawy. Art. 58 § 2 wskazuje, iż nieważna jest czynność prawna sprzeczna z zasadami współżycia społecznego. Art. 83 § 1 k.c. stanowi zaś, że nieważne jest oświadczenie woli złożone drugiej stronie za jej zgodą dla pozorów. Jeżeli oświadczenie takie zostało złożone dla ukrycia innej czynności prawnej, ważność oświadczenia ocenia się według właściwości tej czynności.

Uzasadniając zarzut naruszenia ww. przepisów Odwołujący oparł się na stanowisku Zamawiającego zawartym w ogłoszeniu o zamiarze zawarcia umowy opublikowanym w dniu 15 września 2023 r. (postępowanie unieważnione), w którym wskazano, iż „*ponad 90% działalności kontrolowanej spółki dotyczy wykonywania zadań powierzonych przez Zamawiającego*”. Z powyższego Odwołujący wywodził sprzeczność w działaniu Zamawiającego, który w aktualnym ogłoszeniu nie nawiązał do art. 214 ust. 5 ustawy Pzp, lecz do wiarygodnych prognoz handlowych. Tego rodzaju argumentację należy uznać za chybioną. Po pierwsze ww. sformułowanie wcale nie wskazuje, iż Zamawiający w poprzednim ogłoszeniu o zawarciu umowy odwołał się do art. 214 ust. 5 ustawy Pzp – jest ono jedynie powieleniem treści art. 214 ust. 1 pkt 11 lit. b) ustawy Pzp, który nie referuje do sposobów ustalenia procenta działalności. Po drugie zachowanie Zamawiającego, jakie miało miejsce w poprzednim – unieważnionym z uwagi na stwierdzone błędy - postępowaniu, nie rzutuje na prawidłowość jego obecnych czynności. Zbyt daleko idące jest wywodzenie ze zmiany opisu spełnienia przesłanek do zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki sprzeczności czy pozorności działań Zamawiającego. Oczywiście jest, czego Odwołujący powinien mieć świadomość, że w sytuacji gdy zamiarem Zamawiającego było powierzenie odbioru i transportu odpadów nowo zawiązanej spółce (powstałej na skutek zawarcia umowy spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, zarejestrowanej w KRS w dniu 19 września 2023 r.), a dotychczas przedmiot zamówienia realizowany był przez podmioty prywatne, a nie Zamawiającego, to podstawą do ustalenia procentu działalności, o którym mowa w art. 214 ust. 1 pkt 11 lit. b ustawy Pzp mogą być wyłącznie wiarygodne prognozy handlowe opisane w art. 214 ust. 6, a nie średni przychód osiągnięty przez osobę prawną lub zamawiającego w odniesieniu do

usług, dostaw lub robót budowlanych za 3 lata poprzedzające udzielenie zamówienia, o którym mowa w art. 214 ust. 5 ustawy Pzp. Rzekoma zmiana retoryki Zamawiającego, na którą powołał się Odwołujący, w żaden sposób nie wpływa na ocenę spełnienia przesłanki wskazanej w art. 214 ust. 1 pkt 11 lit. b ustawy Pzp. Kluczowym dla tej oceny jest bowiem to, czy wiarygodne prognozy handlowe zostały sporządzone i czy wskazują one, że 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.

Fakt, że prognozy handlowe zostały sporządzone potwierdza dokumentacja przekazana przez Zamawiającego (dokument „Analiza potrzeb i wymagań dla zadania pn. Odbiór i transport odpadów komunalnych z terenu Gminy Miasto Puck”, dokument „Analiza dopuszczalności powierzenia zadania Odbiór i transport odpadów komunalnych z terenu Gminy Miasto Puck w trybie art. 214 ust. 1 pkt 11 Pzp”). Wskazują one, że działalność spółki ma charakter celowy, dedykowany jedynie świadczeniom usług odbioru i transportu odpadów komunalnych od mieszkańców Gminy Miasto Puck, nie przewiduje się świadczenia usług na rzecz innych podmiotów, a spółka realizować będzie 100% zadań na rzecz Gminy Miasta Puck i realizować 100% przychodów od Gminy Miasta Puck w okresie realizacji zamówienia. W dokumentach przedstawiono wyliczenia oraz prognozy na okres trzech lat działalności PGK ZO. Wiarygodność tych prognoz nie została podważona, Odwołujący nie podjął skutecznych działań, aby z dokumentami tymi się zapoznać. Zawarte w odwołaniu zastrzeżenie, że Odwołujący odniesie się do treści prognoz jak zostaną mu udostępnione jest o tyle chybione, że – jak zwrócono już wcześniej uwagę - Odwołujący nie zadał sobie trudu, aby o dokumenty te wystąpić w terminie na wniesienie odwołania, a w samym postępowaniu odwoławczym również nie podjął żadnych kroków, aby dokumenty te pozyskać.

Tym samym brak było podstaw do uznania, że w rozpoznawanym przypadku nie doszło do spełnienia przesłanki określonej w art. 214 ust. 1 pkt 11) lit. b) ustawy Pzp.

Zarzut 5

Izba stwierdziła, iż zarzut naruszenia art. 214 ust. 1 pkt 11) lit. c) ustawy Pzp poprzez nieprawidłowe uznanie, że w PGK ZO nie ma bezpośredniego udziału kapitału prywatnego, w Invest Puck sp. z o.o. oraz że w Pucka Gospodarka Komunalna sp. z o.o. nie ma bezpośredniego udziału kapitału prywatnego, nie został przez Odwołującego wykazany.

W uzasadnieniu tego zarzutu Odwołujący podniósł jedynie iż nieprawdą jest to, że w PGK ZO brak jest bezpośredniego udziału kapitału prywatnego oraz wskazał, iż przepisy nie utożsamiają udziału, o którym mowa w art. 214 ust. 1 pkt 11) lit. c) ustawy Pzp z udziałami wspólników w kapitale zakładowym spółki. Z powyższego stwierdzenia w istocie nic nie wynika, a zarzut ma charakter wyłącznie hasłowy, pozbawiony jest jakiegokolwiek konstruktywnej argumentacji. Z powszechnie dostępnych informacji zawartych w rejestrze przedsiębiorców KRS dla trzech ww. spółek wynika, iż nie posiadają one bezpośredniego udziału kapitału prywatnego - 100% udziałów w spółkach PGK Sp. z o.o. oraz Invest Puck sp. z o.o. (jedynych wspólnikach PGK ZO Sp. z o.o.) posiada Zamawiający. Cały kapitał spółki PGK ZO Sp. z o.o. pochodzi od spółek komunalnych ze 100% udziałem Gminy Miasta Puck. Jeżeli Odwołujący twierdził, że jest przeciwnie to powinien wskazać z czego okoliczność tę wywodzi – tj. o jakim kapitale prywatnym jest tu mowa oraz przedstawić stosowne dowody wykazujące ten fakt. Odwołujący powyższego zaniechał.

Prezentowany podczas rozprawy przez Odwołującego dowód z dokumentu – informacji o wyborze oferty konsorcjum z udziałem PGK sp. z o.o. w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Miasta Lębork - mający wskazywać, że spółka ta realizuje zamówienie na rzecz innego podmiotu niż Zamawiający, został złożony na okoliczność, która nie została podniesiona w odwołaniu – w odwołaniu nie wskazano, że to fakt realizacji zamówień dla innego podmiotu miałby świadczyć o bezpośrednim udziale kapitału prywatnego w spółce PGK ZO Sp. z o.o., którą kontroluje spółka PGK Sp. z o.o. jako większościowy wspólnik. Jak wskazano powyżej Odwołujący uzasadniając zarzut w ogóle nie wyjaśnił z czego wywodzi bezpośredni udział kapitału prywatnego w spółce PGK ZO. Nie jest przy tym zrozumiałe stanowisko Odwołującego dlaczego fakt realizacji zamówienia na rzecz podmiotu publicznego innego niż Zamawiający miałby w ogóle wskazywać na „bezpośredni udział kapitału prywatnego” w PGK ZO. Okoliczność ta mogłaby być rozważana co najwyżej w kontekście ustalenia procenta działalności dodatkowej, nie wchodzącej w zakres zadań powierzonych (przesłanka z art. 214 ust. 1 pkt 11 lit. b), ale nie w kontekście udziału kapitału prywatnego w spółce. Pomocniczo wskazać w tym zakresie można na art. 214 ust. 8 ustawy Pzp, który w swojej treści – odnosząc się do przypadków, w których zakaz udziału kapitału prywatnego nie znajduje zastosowania – wprost wskazuje na udział w kapitale zakładowym spółki i na posiadanie udziałów lub akcji, a nie na kwestię przychodów z działalności. Z materiału dowodowego zgromadzonego w sprawie wynika, iż żaden prywatny podmiot nie posiada bezpośredniego udziału w kapitale spółki PGK ZO, okoliczności przeciwniej Odwołujący nie wykazał.

Zarzut 6

Za bezzasadny Izba uznała zarzut naruszenia art. 213 ust. 1 w zw. z art. 217 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1), 2) i 3) oraz art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 58 § 1 i 2 w zw. z art. 83 § 1 ustawy Kodeks cywilny poprzez zamiar udzielenia przez zamawiającego zamówienia publicznego na rzecz PGK ZO podczas, gdy Zamawiający nie przeprowadził z PGK ZO negocjacji w sposób wymagany przepisami.

Zgodnie z art. 213 ust. 1 ustawy Pzp zamówienie z wolnej ręki to tryb udzielenia zamówienia, w którym zamawiający udziela zamówienia po negocjacjach tylko z jednym wykonawcą. Zgodnie z art. 217 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający, wraz z zaproszeniem do negocjacji, przekazuje wykonawcy informacje niezbędne do przeprowadzenia postępowania, w tym projektowane postanowienia, które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Zarzut naruszenia ww. przepisów został przez Odwołującego oparty wyłącznie na przypuszczeniu Odwołującego, iż skoro Zamawiający w poprzednio prowadzonym postępowaniu nie przeprowadził negocjacji z PGK ZO, to podważa to fakt przeprowadzenia takich negocjacji obecnie.

W ocenie Izby stanowisko Odwołującego zostało oparte o błędne założenie, że zachowanie Zamawiającego, jakie miało miejsce w poprzednim postępowaniu, rzutuje na pozorność jego obecnych czynności. Fakt, że poprzednie postępowanie zostało przez Zamawiającego unieważnione z powodu stwierdzonych nieprawidłowości nie oznacza, że te same błędy zostały powtórzone w ponownej procedurze. Wniosek przeciwny wynika z dokumentacji postępowania przekazanej do Izby – Zamawiający skierował do PGK ZO w dniu 13 października 2023 r. zaproszenie do negocjacji, zawierające opis przedmiotu zamówienia, termin jego realizacji, wykaz podmiotowych środków dowodowych, informacje dotyczące miejsca i terminu przeprowadzenia negocjacji oraz inne informacje niezbędne do przeprowadzenia postępowania, w tym projektowane postanowienia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Negocjacje przeprowadzono 19 października 2023 r., co potwierdza znajdujący się w aktach sprawy protokół z negocjacji. Na powyższe okoliczności zwrócono uwagę w odpowiedzi na odwołanie, niemniej Odwołujący nie odniósł się do stanowiska Zamawiającego. Jak wskazano już wcześniej, Odwołujący nie podjął też żadnych działań, aby wpłynąć na swoją sytuację procesową, chociażby skonfrontować twierdzenia Zamawiającego z aktami sprawy odwoławczej i ewentualnie wycofać zarzuty odnoszące się do rzekomych braków w dokumentacji.

Zarzut 7

Izba pozostawiła bez rozpoznania zarzut naruszenia art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 58 § 1 ustawy Kodeks cywilny w zw. z art. 2 oraz art. 4 ust. 1 pkt 1) u.g.k. w zw. z art. 18 ust. 1 i 2 u.s.g. w zw. z art. 214 ust. 1 pkt 11) lit. b) ustawy Pzp poprzez powzięcie zamiaru zawarcia umowy bez wymaganych przepisami szczególnymi uchwał Rady Miasta w przedmiocie wyboru formy prowadzenia gospodarki komunalnej, które to uchwały podlegają kontroli sądowo-administracyjnej.

Uzasadnienie ww. zarzutu zostało przez Odwołującego oparte na stwierdzeniu, że Zamawiający dokonał zaskarżonej czynności, bez podstawy prawnej, którą co do zasady może kształtować uchwała Rady Miasta Puck, o której mowa w art. 4 u.g.k., a zatem z przekroczeniem kompetencji. Powyższe w ocenie Odwołującego świadczy o tym, iż czynność Zamawiającego narusza bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa i jest nieważna z mocy prawa.

W tym kontekście należy przede wszystkim podkreślić, iż Odwołujący w rzeczywistości nie wskazał na naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, lecz na niezgodność działania Zamawiającego z przepisami prawa administracyjnego. Kontrola działań administracji samorządowej pod kątem ich zgodności z przepisami prawa administracyjnego, nie należy do właściwości Krajowej Izby Odwoławczej. Krajowa Izba Odwoławcza dokonuje co do zasady oceny zgodności określonego działania bądź zaniechania instytucji zamawiającej z ustawą Pzp i aktami wykonawczymi do tej ustawy. Naruszenie przepisów odrębnych ustaw może stanowić samodzielny zarzut odwołania, jeśli nie zostało odpowiednio powiązane z naruszeniem określonych przepisów ustawy Pzp. Za niewystarczające w tym przypadku należy uznać wskazanie w *petitum* odwołania na art. 8 ust. 1 ustawy Pzp odsyłający do przepisów Kodeksu cywilnego czy na art. 214 ust. 1 pkt 11 ustawy Pzp wskazujący na jeden z przypadków, kiedy możliwe jest udzielenie zamówienia w trybie z wolnej ręki. Odwołujący uzasadniając przedmiotowy zarzut nie przedstawił żadnych podstaw faktycznych, które związane byłyby z naruszeniem przepisów ustawy Pzp, lecz odnosił się wyłącznie do niezgodności działania Zamawiającego z przepisami ustawy o gospodarce komunalnej i ustawy o samorządzie gminnym. Dokonanie oceny czynności Zamawiającego pod kątem jej nieważności z powodu sprzeczności z przepisami ww. ustaw wykraczałoby poza zakres kognicji Krajowej Izby Odwoławczej. Tym samym przedmiotowy zarzut należało pozostawić bez rozpoznania.

Jedynie na marginesie należy dodać, iż Odwołujący nie podjął jakiejkolwiek polemiki z zawartym w odpowiedzi na odwołanie stanowiskiem Zamawiającego, iż podstawą powierzenia wykonywania zadań z zakresu gospodarki komunalnej spółce PGK ZO nie był powoływany przez Odwołującego art. 4 ust. 1 u.g.k. lecz art. 3 tej ustawy, który wskazuje na możliwość powierzenia wykonywania takich zadań m.in. w trybie przepisów ustawy Pzp.

Zarzuty 8 - 10

Za bezzasadne Izba uznała zarzuty naruszenia:

–art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 58 § 1 i 2 ustawy Kodeks cywilny zw. z art. 107 ust. 1, art. 108 ust. 3 TFUE z uwagi na niezgodną z prawem czynność zamawiającego, która prowadzi do udzielenia na rzecz wykonawcy PGK niezgodnej z przepisami Traktatu pomocy publicznej oraz przez zaniechanie przez zamawiającego skierowania do

Komisji Europejskiej notyfikacji o zamiarze udzielenia pomocy publicznej na rzecz PGK (zarzut 8),

- naruszenia art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 58 § 1 i 2 ustawy Kodeks cywilny w zw. z art. 166 Konstytucji i motywu (6) i (7) Dyrektywy 2014/24/UE i art. 107 ust. 1, art. 14 TFUE poprzez uznanie, że w niniejszej sprawie udzielenie zamówienia bezpośredniego *in-house* dotyczy usług zdefiniowanych jako „usługi świadczone w ogólnym interesie gospodarczym”, a w związku z tym nie podlega zakazowi udzielenia pomocy publicznej, podczas gdy jeżeli na rynku istnieją podmioty podejmujące się i mogące podjąć się wykonania zamówienia na warunkach jak planowane przez zamawiającego w zamówieniu, usługa taka nie spełnia kryteriów UOIG, w związku z tym zamówienie *in-house* nie służy celom wskazanym w Dyrektywie, a także jest niezgodna z przepisami dot. pomocy publicznej (zarzut 10),
- naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 3, 4, 5 i 7 w zw. z art. 16 pkt 1 w zw. z art. 17 ust. 1 Pzp w zw. z art. 18 Dyrektywy 2014/24/UE w zw. z art. 4 pkt 1 lit. a) w zw. z art. 9 ust. 1 w zw. z art. 9 ust. 2 pkt 5 i art. 9 ust. 3 oraz art. 6 ust. 1 pkt 6 i art. 6 ust. 1 pkt 7 u.o.k.k. w zw. z art. 3 w zw. z art. 15 u.z.n.k. w zw. z art. 58 § 1 i 2 w zw. z art. 5 k.c. oraz art. 49, art. 56, art. 101 ust. 1, art. 102 i art. 106 oraz art. 107 TFUE poprzez: a) zamiar udzielenia zamówienia *in-house* na rzecz PGK ZO podczas, gdy PGK ZO znajduje się w uprzywilejowanej pozycji wobec pozostałych wykonawców (w szczególności ze względu na faktyczne wykorzystywanie przez PGK ZO środków publicznych otrzymywanych pośrednio od innych spółek, w których 100% udziałów posiada zamawiający oraz możliwość uzyskiwania tzw. „subsydiowania krzyżowego”), b) utworzenie PGK ZO w celu udzielenia tej spółce zamówienia z wolnej ręki *in-house* (w sytuacji braku spełniania przesłanek z art. 214 ust. 1 pkt 11) przez wspólników PGK ZO do tej pory działających na rynku) oraz wykluczenia pozostałych przedsiębiorców działających na rynku, przez co naruszone zostają zasady uczciwej konkurencji, ma miejsce nadużycie pozycji dominującej na rynku właściwym poprzez przeciwdziałanie ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji oraz ma miejsce rażące nadużycie prawa.

Izba stwierdziła, iż Odwołujący w sposób sztuczny mnoży zarzuty naruszenia szeregu przepisów prawa publicznego i prywatnego, podczas gdy istota przedmiotowego sporu sprowadza się do oceny czy spełnione zostały wszystkie przesłanki wskazane w art. 214 ust. 1 pkt 11 ustawy Pzp. Z przepisów ustawy Pzp nie wynika, aby dla udzielenia zamówienia w trybie, jaki został zastosowany przez Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu, konieczne było spełnienie innych przesłanek niż wymienione w sposób enumeratywny w art. 214 ust. 1 pkt 11 ustawy Pzp. Brak jest po stronie Zamawiającego obowiązku wykazania, że planując udzielenie zamówienia w trybie zamówienia z wolnej ręki nie narusza zasad uczciwej konkurencji. Badanie czy udzielenie zamówienia *in-house* nie stanowi nieuzasadnionego wyłączenia danego zamówienia z zakresu stosowania reguł konkurencyjnych, następuje wyłącznie poprzez pryzmat przesłanek określonych ustawą dla danego rodzaju zamówienia *in-house*.

Na powyższe niejednokrotnie zwracano uwagę w orzecznictwie Izby i Sądu Zamówień Publicznych. Jak wskazano m.in. w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy z dnia 11 czerwca 2021 r., sygn. akt XXIII Zs 27/21, wydanym na gruncie przepisów poprzednio obowiązującej ustawy niemniej zachowującym aktualność, „ustawodawca zarówno na gruncie prawa unijnego, jak i w prawie krajowym precyzyjnie określił przesłanki jakie muszą być spełnione dla udzielenia zamówienia publicznego w tym trybie i ich wypełnienie zastępuje zastosowanie ogólnej normy art. 7 ust. 1 dPZP [obecnie art. 16 ustawy Pzp – przyp. Izby]. Ustawodawca nie wymaga jednocześnie aby w razie zastosowania tego trybu były spełnione jakiegokolwiek inne okoliczności, w tym wynikające z przepisów powołanych w rozważanym zarzucie. Brak jest podstaw do nakładania na zamawiającego obowiązku przeprowadzenia analizy w zakresie nienaruszenia zasad konkurencji na rynku właściwym dla udzielanego zamówienia (...) odmienne wnioski nie wynikają z orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości UE, a w szczególności do odmiennych wniosków nie prowadzi wyrok TSUE z dnia 3 października 2019 r. w sprawie C-285/18. W orzeczeniu tym TSUE nie wprowadził do prawa unijnego żadnego nowego warunku udzielania zamówień w trybie *in-house* ponad te które wynikają z brzmienia przepisu. TSUE stwierdził jedynie, że art. 12 ust. 1 dyrektywy 2014/24 w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18, należy interpretować w ten sposób, że nie stoi on na przeszkodzie przepisowi krajowemu, na mocy którego państwo członkowskie uzależnia możliwość udzielenia zamówienia typu *in-house* w szczególności od warunku, że umowy zawierane w ramach udzielania zamówień publicznych nie pozwalają na zapewnienie dobrej jakości, dostępności i ciągłości świadczonych usług, o ile wybór konkretnego sposobu świadczenia usług, dokonany na etapie poprzedzającym udzielenie zamówienia publicznego, jest zgodny z zasadami równego traktowania, niedyskryminacji, wzajemnego uznawania, proporcjonalności i przejrzystości. Z powyższego wynika jedynie tyle, że TSUE zaaprobował sytuacje w których przepisy prawa krajowego wprowadzają dodatkowe wymogi udzielenia zamówienia publicznego w trybie *in-house*. Tyle tylko, że na gruncie prawa polskiego warunki te wynikają z powołanego art. 67 ust. 1 pkt 12 dPZP [obecnie art. 214 ust. 1 pkt 11 ustawy Pzp – przyp. Izby] oraz ewentualnie innych przepisów, które wprost do tego trybu nawiązują.” Sąd Okręgowy wskazał także, że „przepisy prawa samorządowego oraz ustawy o gospodarce komunalnej kreują prawne formy realizacji zadań przez gminy, w tym konstytuują zasadę swobody organizatorskiej samorządu terytorialnego w sferze gospodarki komunalnej, również w zakresie gospodarki odpadami komunalnymi. (...) Jak wynika z powyższego możliwość skorzystania z uprawnienia do udzielenia zamówienia *in-house*, gwarantowane jest Państwu członkowskiemu, jak również władzom lokalnym. Z samej konstrukcji zamówienia *in-house*, zamówienia te udzielane są podmiotom zależnym, które w ujęciu funkcjonalnym stanowią

element struktury władzy lokalnej (samodzielną realizacją zadania). W rezultacie wyłączone są one z zakresu stosowania dyrektywy 2014/24/UE, a regulacje dPZP stosuje się do nich wyłącznie w zakresie procedury udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki, przy zastrzeżeniu, że działanie takie pozostaje w zgodności z regulacjami prawa unijnej oraz krajowego - jeżeli spełnione są przesłanki wyrażone w art. 67 ust. 1 pkt 12 dPZP." Analogiczny pogląd wyrażono także w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie - XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy z dnia 21 czerwca 2022 r., sygn. akt XXIII Zs 5/22.

Tym samym powoływanie się przez Odwołującego na to, że udzielenie zamówienia *in-house* na rzecz PGK ZO doprowadzi do naruszenia uczciwej konkurencji w szerokim rozumieniu (jej zakłócenia poprzez sprzyjanie niektórym przedsiębiorcom w sytuacji, gdy usługi są zapewniane przez rynek na odpowiednim poziomie, poprzez nierynkowe dokapitalizowanie PGK ZO, mechanizm subsydiowania, preferencyjne warunki kontraktowe) czy wręcz, że stanowi zwarcie niedozwolonego porozumienia, zmowy przetargowej lub czynu nieuczciwej konkurencji, nie może zostać uznane za uzasadnione, jeżeli spełnione zostały kumulatywnie przesłanki z art. 214 ust. 1 pkt 11 ustawy Pzp.

Dodać należy ponadto, że dokonywanie oceny zgodności działania Zamawiającego z przepisami szeregu wskazywanych przez Odwołującego ustaw, jak ustawy o ochronie konkurencji i konsumenta czy ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, tudzież zgodności udzielanej pomocy ze wspólnym rynkiem, nie leży w ogóle w kognicji Krajowej Izby Odwoławczej. Przy czym na marginesie należy stwierdzić, że nawet w zakresie dotyczącym ww. aspektów analiza zaprezentowana w odwołaniu była wybiórcza. Jako przykład można tu wskazać chociażby na to, że Odwołujący przemilczał, iż z art. 3 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów wprost wynika, że przepisów ustawy nie stosuje się do ograniczeń konkurencji dopuszczonych na podstawie odrębnych ustaw, a przecież jednym z takich ograniczeń jest udzielenie zamówienia z wolnej ręki dopuszczone ustawą Prawo zamówień publicznych. Idąc tokiem rozumowania Odwołującego w przypadku udzielenia zamówienia na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 11 ustawy Pzp każdorazowo mielibyśmy do czynienia z bezprawnym naruszeniem zasad uczciwej konkurencji czy nadużyciem pozycji dominującej, gdyż w przypadku zaistnienia przesłanek do udzielenia zamówienia z wolnej ręki konkurencja zostaje wyeliminowana *ex lege*.

W odniesieniu do zarzutu 9 należy dodatkowo podkreślić, iż wskazywanie przez Odwołującego na naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 3, 4, 5 i 7 w zw. z art. 16 i 17 ustawy Pzp jest całkowicie bezzasadne, gdyż art. 226 ustawy Pzp odnosi się do przesłanek odrzucenia oferty wykonawcy, a nie do oceny działań i zaniechań instytucji zamawiającej, w tym wyboru trybu udzielenia zamówienia. Zgodnie z art. 226 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: 3) jest niezgodna z przepisami ustawy, 4) jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów, 5) jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia, 7) została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Tymczasem w odwołaniu wskazuje się na okoliczność, że wybór trybu zamówienia z wolnej ręki i udzielenie zamówienia PGK ZO wiąże się z nierynkowym dokapitalizowaniem PGK ZO, subsydiowaniem skrośnym, stosowaniem preferencyjnych warunków kontraktowych, stanowi zawarcie porozumienia antykonkurencyjnego, czy wręcz zмовę przetargową, a także nadużycie przez Zamawiającego pozycji dominującej i naruszenie przepisów u.z.n.k. Nie jest Izbie wiadome, gdyż Odwołujący tego nie wyjaśnił, jak argumentację zawartą w uzasadnieniu zarzutu podważającą wybór trybu udzielenia zamówienia można odnieść do podstaw odrzucenia oferty wykonawcy opisanych w art. 226 ust. 1 ustawy Pzp.

W zakresie zarzutów 8 i 10 jedynie na marginesie należy dodać, iż bezzasadne było powoływanie się przez Odwołującego na fakt prowadzenia przez Zamawiającego jednocześnie postępowania konkurencyjnego na odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych położonych na terenie Gminy Puck w okresie od dnia 1 stycznia 2024 r. do dnia 31 grudnia 2024 r. w podziale na 2 części. Postępowanie, na które wskazano w odwołaniu, prowadzone jest przez inną instytucję zamawiającą – Gminę Puck, a nie Zamawiającego – Gminę Miasta Puck.

Zarzuty 11 i 12

Za bezzasadne Izba uznała zarzuty naruszenia art. 17 ust. 1 pkt 1) i 2) ustawy Pzp oraz art. 44 ust. 3 pkt 1) lit. a) i b) ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych, poprzez wykluczenie możliwości: a) udzielenia zamówienia w sposób zapewniający najlepszą jakość usług, uzasadnioną charakterem zamówienia, w ramach środków, które zamawiający może przeznaczyć na jego realizację, b) uzyskanie najlepszych efektów zamówienia, w tym efektów społecznych, środowiskowych oraz gospodarczych, o ile którykolwiek z tych efektów jest możliwy do uzyskania w danym zamówieniu, w stosunku do poniesionych nakładów oraz naruszenia art. 83 ust. 1 ustawy Pzp w zakresie obowiązku zamawiającego do sporządzenia rzetelnej analizy potrzeb zamawiającego, obejmującej porównanie możliwych efektów udzielenia zamówienia w wariantach wykonania zamówienia „własnymi siłami” lub zlecenia na rzecz osób trzecich.

Zgodnie z art. 17 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający udziela zamówienia w sposób zapewniający: 1) najlepszą jakość dostaw, usług, oraz robót budowlanych, uzasadnioną charakterem zamówienia, w ramach środków, które zamawiający może przeznaczyć na jego realizację, oraz 2) uzyskanie najlepszych efektów zamówienia, w tym efektów społecznych, środowiskowych oraz gospodarczych, o ile którykolwiek z tych efektów jest możliwy do uzyskania w danym zamówieniu, w stosunku do poniesionych nakładów.

Zgodnie z art. 83 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający publiczny, przed wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia, dokonuje analizy potrzeb i wymagań, uwzględniając rodzaj i wartość zamówienia. Ust. 2 tego przepisu wskazuje, iż analiza, o której mowa w ust. 1, obejmuje w szczególności: 1) badanie możliwości zaspokojenia zidentyfikowanych potrzeb z wykorzystaniem zasobów własnych; 2) rozeznanie rynku: a) w aspekcie alternatywnych środków zaspokojenia zidentyfikowanych potrzeb, b) w aspekcie możliwych wariantów realizacji zamówienia albo wskazuje, że jest wyłącznie jedna możliwość wykonania zamówienia.

Izba stwierdziła, iż uzasadnienie faktyczne ww. zarzutów zostało przez Odwołującego oparte wyłącznie na stwierdzeniu, że Zamawiający nie przeprowadził analizy potrzeb i wymagań, o której mowa w art. 83 ustawy Pzp i nie doszło do zidentyfikowania przez Zamawiającego najlepszego wariantu wykonania zamówienia. Założenie Odwołującego było niezgodne ze stanem faktycznym, gdyż w dokumentacji postępowania przekazanej przez Zamawiającego Krajowej Izbie Odwoławczej znajduje się dokument obejmujący analizę potrzeb i wymagań dla przedmiotowego zadania. Analiza ta obejmuje informacje wskazane w art. 83 ust. 2 ustawy Pzp, w tym rozeznanie rynku w celu ustalenia alternatywnych środków zaspokojenia zidentyfikowanej potrzeby. W tym miejscu ponownie należy wskazać, iż Odwołujący na etapie postępowania odwoławczego miał niczym nie ograniczoną możliwość zapoznania się z dokumentacją przekazaną przez Zamawiającego do Izby, co dałoby mu nie tylko kompleksowy obraz sytuacji, ale i pozwoliłoby na ewentualne wycofanie zarzutów dotyczących rzekomych braków w dokumentacji. Odwołujący nie podjął jednak żadnych starań, aby poprawić swoją sytuację procesową.

Za irrelevantne dla rozstrzygnięcia Izba uznała powoływanie się przez Odwołującego na przypadek zaistniały na rynku odbioru odpadów komunalnych w Zduńskiej Woli po udzieleniu zamówienia *in-house*. Sytuacja innej gminy w żaden sposób nie wpływa ani na ocenę spełnienia ustawowych przesłanek do udzielenia przedmiotowego zamówienia w trybie zamówienia z wolnej ręki, ani na ocenę efektywności wydatkowania środków publicznych przez Zamawiającego.

Ponownie też należy wskazać, iż Krajowa Izba Odwoławcza dokonuje oceny zgodności określonego działania bądź zaniechania instytucji zamawiającej z ustawą Pzp, a nie innymi powszechnie obowiązującymi przepisami. Tym samym nie leży w zakresie kognicji Izby dokonywanie oceny czy Zamawiający decydując się na wybór trybu zamówienia z wolnej ręki naruszył art. 44 ust. 3 pkt 1) lit. a) i b) ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych, na który wskazał Odwołujący.

Zarzut 13

Izba za bezzasadny uznała zarzut naruszenia art. 35 ust. 1 pkt 2) i 99 ust. 1 ustawy Pzp i 106 ust. 1 TFUE poprzez niewłaściwe ustalenie wartości przedmiotu zamówienia, nieoparte żadnymi wyliczeniami, co prowadzić musi do uznania, że „rekompensata” za świadczenie usług publicznych przyznana PGK ZO na podstawie planowanej umowy nie nawiązuje do żadnych uwarunkowań gospodarczych, a w zw. z tym jest zakazana przez przepisy prawa.

Zgodnie z art. 35 ust. 1 ustawy Pzp podstawą ustalenia wartości zamówienia na usługi lub dostawy powtarzające się lub podlegające wznowieniu w określonym czasie jest: 1) rzeczywista łączna wartość kolejnych zamówień tego samego rodzaju, udzielonych w ciągu poprzednich 12 miesięcy lub w poprzednim roku budżetowym lub roku obrotowym, z uwzględnieniem zmian ilości lub wartości zamawianych usług lub dostaw, które mogły wystąpić w ciągu 12 miesięcy następujących od udzielenia pierwszego zamówienia, albo 2) łączna wartość zamówień, których zamawiający zamierza udzielić w terminie 12 miesięcy następujących po pierwszej usłudze lub dostawie.

Izba stwierdziła, iż przedmiotowy zarzut nie został przez Odwołującego wykazany. Całość argumentacji Odwołującego zawarta w uzasadnieniu odwołania ograniczała się do stwierdzenia, że z ogłoszenia o zawarciu umowy nie wynika jaka jest wartość zamówienia, wobec czego wynagrodzenie z tytułu realizacji zamówienia *in-house* nie nawiązuje do jakichkolwiek realiów gospodarczych, a tym samym jest zakazane z mocy prawa. Poza powyższą gołosłowną tezę Odwołujący nie przedstawił żadnej argumentacji na jej poparcie, co już samo w sobie przesądza o bezzasadności zarzutu. Odwołujący nie wskazał z czego wywodzi obowiązek zwarcia informacji o wartości zamówienia w ogłoszeniu *ex ante*. Ponadto wniosek Odwołującego, iż wynagrodzenie z tytułu realizacji zamówienia *in-house* nie nawiązuje do jakichkolwiek realiów gospodarczych nie znajduje potwierdzenia w dokumentacji postępowania przekazanej przez Zamawiającego – dokumentacja ta zawiera protokół z ustalenia wartości szacunkowej zamówienia sporządzony w dniu 4 października 2023 r., informacje o wartości szacunkowej zawarto także w protokole postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki ZP-WR.

Zarzut 14

Za niewykazany Izba uznała zarzut naruszenia art. 214 ust. 9 w zw. z art. 57 w zw. z art. 112 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zamiar udzielenia zamówienia na rzecz podmiotu, który nie posiada zasobów niezbędnych do wykonania jego przedmiotu, a tym samym poprzez wprowadzenie podwykonawstwa w celu uniknięcia stosowania przepisów ustawy.

Art. 57 ustawy Pzp stanowi, iż o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy: 1) nie podlegają wykluczeniu; 2) spełniają warunki udziału w postępowaniu, o ile zostały one określone przez zamawiającego. Zgodnie z

art. 112 ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiającą ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności. Z kolei zgodnie z art. 214 ust 9 ustawy Pzp wykonawca, któremu udzielono zamówienia na podstawie ust. 1 pkt 11-13, nie może powierzyć wykonania części zamówienia podwykonawcy, która dotyczy głównego przedmiotu zamówienia.

Izba stwierdziła, iż Odwołujący uzasadniając naruszenie ww. przepisów w ogóle do nich się nie odniósł. Całość argumentacji Odwołującego ograniczała się do postawienia hasłowej tezy, iż PGK ZO nie posiada zasobów niezbędnych do realizacji przedmiotu zamówienia, co miałyby sugerować konieczność powierzenia realizacji zamówienia podwykonawcom, stanowiąc obojętne przepisy ustawy Pzp. Jakkolwiek należy zgodzić się z Odwołującym, że brak dysponowania przez PGK ZO odpowiednim potencjałem prowadzący do konieczności powierzenia głównego przedmiotu zamówienia podwykonawcy świadczyłby o naruszeniu przepisów ustawy Pzp, to jednak Odwołujący nie podjął nawet próby wykazania, że PGK ZO faktycznie nie dysponuje potencjałem niezbędnym do realizacji zamówienia na odpowiednim poziomie jakości. Odwołujący nie przedstawił żadnych faktów ani dowodów na poparcie postawionej tezy, poprzestając na wyrażeniu własnego, niczym nie popartego przypuszczenia. Takie działanie nie stanowi wykazania zasadności zarzutu. Ciężar dowodu w tym zakresie, zgodnie z ogólną zasadą rozkładu ciężaru dowodu w postępowaniu odwoławczym (por. art. 534 ust. 1 ustawy Pzp), spoczywał na Odwołującym. Ponadto należy zauważyć, iż Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wyjaśnił, iż PGK ZO posiada wymagane przepisami zasoby techniczne i organizacyjne do odbioru i transportu odpadów, wskazał pojazdy, którymi spółka dysponuje, 6-osobową obsadę techniczną dla każdego pojazdu, czy wyodrębnioną bazę, spełniającą wymogi Rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 11 stycznia 2013 r. w sprawie szczególnych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości. Odwołujący ww. okoliczności nie zakwestionował.

Odnosząc się na koniec do zawartego w odwołaniu wniosku o skierowanie pytań prejudycjalnych do TSUE, Izba stwierdziła, iż za oddaleniem tego wniosku przemawia fakt, że udzielenie odpowiedzi na wskazane pytania nie jest konieczne i niezbędne do wydania wyroku w przedmiotowej sprawie. Argumentacja przedstawiona w odwołaniu nie wykazywała zasadności zarzutów, nie poddawała w wątpliwość wniosków wynikających z dotychczasowego orzecznictwa Izby, Sądu Zamówień Publicznych i TSUE, jak i nie uzasadniała, że mamy do czynienia z zagadnieniami prawnymi wymagającymi poszerzonej wykładni i wyjaśnienia przez Trybunał Sprawiedliwości.

W tym stanie rzeczy Izba stwierdziła, że odwołanie podlega oddaleniu w całości i na podstawie art. 553 ustawy Pzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp oraz § 8 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 i 2 lit. a i b Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437). Izba oddaliła odwołanie w całości wobec czego kosztami postępowania obciążyła Odwołującego, zasądzając od niego na rzecz Zamawiającego uzasadnione koszty postępowania poniesione przez Zamawiającego w łącznej kwocie 3 604,80 zł.

Mając na uwadze wszystko powyższe orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący:.....

.....

.....