

Sygn. akt: KIO 3483/22

**WYROK**  
**z dnia 18 stycznia 2023 roku**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:** Justyna Tomkowska

**Członkowie:** Ryszard Tetzlaff

Renata Tubisz

**Protokolant:** Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **16 stycznia 2023 roku w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **27 grudnia 2022 roku** przez wykonawcę **Wiesława Stracha** prowadzącego działalność pod firmą: **Wywóz Nieczystości oraz Przewóz Ładunków z siedzibą w Częstochowie** (Odwołujący)

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – **Gminę Myszków z siedzibą w Myszkowie**

przy udziale wykonawcy **Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych „SANIKO” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Myszkowie**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego **po stronie Zamawiającego**

**orzeka:**

1. Oddala odwołanie ;
2. kosztami postępowania obciąża **Odwołującego - Wiesława Stracha** prowadzącego działalność pod firmą: **Wywóz Nieczystości oraz Przewóz Ładunków z siedzibą w Częstochowie**, w następujący sposób:

a. zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego - Wiesława Stracha prowadzącego działalność pod firmą: Wywóz Nieczystości oraz Przewóz Ładunków z siedzibą w Częstochowie** tytułem wpisu od odwołania,

b. zasądza od **Odwołującego - Wiesława Stracha prowadzącego działalność pod firmą: Wywóz Nieczystości oraz Przewóz Ładunków z siedzibą w Częstochowie** na rzecz - **Zamawiającego – Gminy Myszków z siedzibą w Myszkowie** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzech tysięcy sześćset złotych 00/100 groszy) stanowiącą uzasadnione koszty Strony poniesione tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz.U.2022 r., poz. 1710 ze zmianami) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....

## **UZASADNIENIE**

Zamawiający: Gmina Myszków z siedzibą w Myszkowie prowadzi postępowanie w sprawie o udzielenie zamówienia z wolnej ręki pn. „Realizacja obowiązku gminy w zakresie gospodarki odpadami komunalnymi – odbiór i transport odpadów – zamówienie in - house na lata 2023 – 2026”. Miejsce i data publikacji ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy: Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 14 grudnia 2022 r. nr 2022/BZP 00496495.

Dnia 27 grudnia 2022 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, na podstawie art. 514 ust. 1 i art. 515 ust. 1 pkt 1) ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz.U. z 2022 r., poz. 1710, dalej jako „PZP”) w prowadzonym postępowaniu odwołanie złożył wykonawca Wiesław Strach prowadzący działalność pod firmą: Wywóz Nieczystości oraz Przewóz Ładunków z siedzibą w Częstochowie (dalej jako „Odwołujący”).

Odwołanie złożono wobec czynności Zamawiającego, polegających na wyborze trybu i wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie zamówienia z wolnej ręki, w celu udzielenia zamówienia spółce pod firmą Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych „SANIKO” Sp. z o.o. z siedzibą w Myszkowie.

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. art. 214 ust. 1 pkt 11) lit. b) PZP poprzez bezpodstawne uznanie, że zachodzą przesłanki do udzielenia spółce Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych „SANIKO” Sp. z o.o. zamówienia w trybie zamówienia z wolnej ręki w sytuacji, gdy Zamawiający nie wykazał zaistnienia przesłanki określonej w lit. b), tj. nie wykazał, że ponad 90% działalności tej kontrolowanej osoby prawnej dotyczy na dzień publikacji ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy, wykonywania zadań powierzonych jej przez Zamawiającego, gdyż już tylko z uzasadnienia faktycznego wyboru trybu zamówienia objętego treścią ogłoszenia wynika, że ów próg 90% ma dopiero zostać osiągnięty (w bliżej nieokreślonej przyszłości), najpewniej dopiero po uzyskaniu zamówienia, którego dotyczy samo ogłoszenie;
2. art. 214 ust. 1 pkt 11) lit. b) w zw. z ust. 5 oraz 6 PZP, a także art. 530 § 1 i 2 ustawy z dnia 15 września 2000 r. Kodeks spółek handlowych (t.j. Dz.U. 2022 poz. 1467 dalej „KSH”) i art. 8 ust. 1 PZP w zw. z art. 58 § 1 i 2 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (t.j. Dz.U. 2022 poz. 1360 dalej „KC”) poprzez błędne oraz sprzeczne z ustawą i zasadami współżycia społecznego przyjęcie, że dla potrzeb wykazania, iż ponad 90% działalności spółki Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych „SANIKO” Sp. z o.o. dotyczy wykonywania zadań powierzonych jej przez

Zamawiającego, uzasadnione jest posłużenie się wiarygodną prognozą handlową, w sytuacji gdy sposób przeprowadzenia reorganizacji rzeczowej spółki, polegający na wydzieleniu z jej struktur innej, nowo związanej spółki, nie doprowadził do sytuacji, w której dane dotyczące średniego przychodu tej spółki za 3 lata poprzedzające udzielenie zamówienia byłyby niedostępne lub nieadekwatne dla ustalenia średniego przychodu tego podmiotu w wymaganym okresie czasu;

3. art. 216 ust. 1 PZP w zw. z art. 272 ust. 2 PZP oraz z pkt 4 ppkt 2) załącznika nr 2 do rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 20 grudnia 2020 r. (Dz.U. 2020 poz. 2439) poprzez rzeczywisty brak w treści ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy w trybie z wolnej ręki uzasadnienia faktycznego, z treści którego wynikałoby konkretnie w oparciu o jakie dane Zamawiający twierdzi, że spełnił procentowy warunek prowadzenia przez spółkę Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych „SANIKO” Sp. z o.o. działalności w zakresie zadań powierzonych na rzecz Gminy Myszków;

4. art. 216 ust. 1 PZP w zw. z art. 272 ust. 2 PZP oraz z pkt 3 ppkt 5) załącznika nr 2 do rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 20 grudnia 2020 r. (Dz.U. 2020 poz. 2439) poprzez brak podania w treści ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy w trybie z wolnej ręki wartości zamówienia;

5. art. 216 ust. 1 PZP w zw. z art. 272 ust. 2 PZP oraz z pkt 5 ppkt 2) załącznika nr 2 do rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 20 grudnia 2020 r. (Dz.U. 2020 poz. 2439) poprzez brak podania w treści ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy w trybie z wolnej ręki krajowego numeru identyfikacyjnego (NIP lub REGON) wykonawcy, któremu zamówienie ma być udzielone;

na wypadek zaś nieuwzględnienia powyższych:

6. art. 214 ust. 1 pkt 11) lit. b) w zw. z ust. 6 oraz 7 PZP w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz.U. 2022 poz. 1233 dalej „UZNP”) w zw. z art. 9 ust. 2 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (t.j. Dz.U. 2021 poz. 275 dalej „UOKK”) poprzez przeprowadzenie reorganizacji spółki Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych „SANIKO” Sp. z o.o. polegającej na wydzieleniu z jej struktur innej, nowo związanej osoby prawnej, jedynie dla pozorów, tj. wyłącznie w celu wykazania, że podmiot ten spełnienia warunki wymaganego procentu działalności dotyczącej wykonywania zadań powierzonych jej przez Zamawiającego na potrzeby udzielania zamówienia z wolnej ręki i omięcia obowiązku przeprowadzenia postępowania w trybie przetargu nieograniczonego.

Odwołujący wnosil o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z:

1. wydruku z rejestru przedsiębiorców KRS spółki Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych „SANIKO” Sp. z o.o.

2. wydruku z rejestru przedsiębiorców KRS spółki SANIKO BIS Sp. z o.o.

3. zobowiązanie Zamawiającego do przedstawienia następujących dowodów:

- wykazu sprzętu (śmieciarek oraz innych pojazdów specjalnych z podaniem ilości, rodzaju i ładowności oraz pojemników na odpady z podaniem ilości i pojemności) posiadanego przez spółkę Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych „SANIKO” Sp. z o.o. na dzień 14 grudnia 2022 r. ze wskazaniem jaka jest podstawa prawa korzystania niego z podziałem na:

1) własność,

2) współwłasność (ze wskazaniem wszystkich współwłaścicieli),

3) rodzaj stosunku obligacyjnego (ze wskazaniem drugiej strony umowy);

4. wykazu sprzętu udostępnianego przez Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych „SANIKO” Sp. z o.o. innym podmiotom ze stanem na dzień 14 grudnia 2022 oraz datę aktualną na dzień złożenia (z podaniem nazwy i numeru ewidencyjnego w odpowiednim rejestrze umożliwiającego identyfikację) na podstawie zawartej umowy (z podaniem daty zawarcia), ze wskazaniem wysokości przychodów osiągniętych z tego tytułu;

5. wysokości przychodów jakie spółka Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych „SANIKO” Sp. z o.o. osiąga po dniu podziału spółki, z podziałem na

1) źródło (z podaniem podstawy oraz podmiotu uiszczającego zapłatę),

2) wysokość każdego z przychodów,

6. wykazu pracowników (bez podawania danych personalnych) zatrudnianych przez spółkę Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych „SANIKO” Sp. z o.o. na umowie o pracę ze stanem na dzień 14 grudnia 2022 r. z podziałem na:

1) ilość etatów

2) stanowiska pracy

- wszystkie powyższe dla wykazania braku podstaw ustawowych z art. 214 ust. 1 pkt

11) PZP do udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki na rzecz spółki

Odwołujący wnosił o:

1. uwzględnienie odwołania;

2. nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności wszczęcia postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki i ewentualnych, dalszych czynności podjętych w celu udzielenia zamówienia in-house na odbiór odpadów komunalnych z nieruchomości dla spółki pod firmą Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych „SANIKO” Sp. z o.o. z siedzibą w Myszkowie.

Odwołujący wskazał, iż jest uprawniony do wniesienia odwołania, ma interes we wniesieniu odwołania, albowiem wykorzystanie przez Zamawiającego trybu wyboru wykonawcy z wolnej ręki dla udzielenia zamówienia na świadczenie usług odbioru odpadów z terenu Gminy Myszków, pozbawia Odwołującego możliwości starania się o pozyskanie tego zamówienia w ramach prowadzonej przez siebie działalności gospodarczej, na zasadach zapewniających poszanowanie zasad uczciwej konkurencji i równości wykonawców działających na wolnym rynku. Taki skutek z kolei prowadzi do faktycznego braku perspektyw na przyszłe i możliwe do osiągnięcia zyski, co należy natomiast rozpatrywać w kontekście utraty spodziewanych korzyści (*lucrum cessans*), rozumianych w myśl odpowiednich przepisów jako tzw. szkoda ewentualna. Odwołujący począwszy od 01 stycznia 2021 r. nieprzerwanie świadczy na rzecz Gminy kompleksową usługę odbioru i zagospodarowania odpadów z nieruchomości położonych na jej obszarze funkcjonowania, co świadczy o tym, iż posiada zarówno zdolności techniczne, finansowe, jak i niezbędne doświadczenie, aby starać się o uzyskanie tego zamówienia również na kolejne okresy. Decyzja Zamawiającego o rezygnacji z przeprowadzenia postępowania przy wykorzystaniu trybu przetargu nieograniczonego, zamyka mu drogę do możliwości zawarcia umowy z Gminą na świadczenie usług objętych przedmiotem zamówienia.

Ponadto podano, że Zamawiający w dniu 14 grudnia 2022 r. opublikował w Biuletynie Zamówień Publicznych ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy w trybie z wolnej ręki. Ponieważ zgodnie z treścią Planu postępowań o udzielenie zamówień na rok 2022 r. (wersja nr 13) zamieszczonego przez Zamawiającego w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 08 listopada 2022 nr 2022/BZP 00044090/13/P, wartość zamówienia przekracza progi unijnie, zaś informacja o zamiarze zawarcia umowy przekazana została za pośrednictwem środków komunikacji elektronicznej, termin na wniesienia odwołania wynosi 10 dni od daty publikacji ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych. Termin na wniesienie odwołania został zachowany przez Odwołującego. Odwołujący uiścił wpis w wymaganej wysokości na rachunek UZP i prawidłowo przekazał Zamawiającemu kopię odwołania.

W uzasadnieniu zarzutów odwołania podniesiono, że Zamawiający zamieścił w dniu 14 grudnia 2022 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy w trybie zamówienia z wolnej ręki. Wykonawcą, z którym Zamawiający zamierza zawrzeć umowę jest spółka komunalna działająca pod firmą Przedsiębiorstwa Usług Komunalnych „SANIKO” Sp. z o.o. z siedzibą w Myszkowie (dalej „SANIKO”). Treść ogłoszenia nie zawiera szacunkowej wartości zamówienia, niemniej jednak zgodnie z treścią Planu postępowań o udzielenie zamówień na rok

2022 r. (wersja nr 13) zamieszczonym przez Zamawiającego w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 08 listopada 2022 nr 2022/BZP 00044090/13/P, wartość ta określona została przez Zamawiającego na sumę 13.729.982,30 zł, a zatem niewątpliwie przekracza progi unijne.

Jako uzasadnienie faktyczne wyboru trybu udzielenia zamówienia, Zamawiający wskazał w treści ogłoszenia, iż *„w dniu 10.08.2022 r. w Kancelarii Notarialnej w Myszkowie Zgromadzenie wspólników Przedsiębiorstwa Usług Komunalnych SANIKO Sp. z o.o. podjęło uchwały o podziale Spółki oraz o zamianie aktu założycielskiego Spółki. Wydzielenie nowej spółki SANIKO BIS Sp. z o.o. nastąpiło w dniu 17.10.2022r. z chwilą jej wpisu do rejestru KRS pod numerem 0000997324. Wszelka działalność komercyjna została przejęta przez spółkę nowo zawiązaną – SANIKO BIS Sp. z o.o. P.U.K. SANIKO Sp. z o.o. po podziale będzie w ponad 99% prowadzić działalność powierzoną jej przez Gminę Myszków polegającą na wykonywaniu zadań własnych gminy w granicach administracyjnych gminy Myszków w zakresie pozwalającym m. in. na odbieranie odpadów komunalnych od właścicieli zamieszkałych nieruchomości oraz na unieszkodliwianie odpadów komunalnych. Tym samym spełnione są warunki, o których mowa w art. 214 ust. 1 pkt 11 ustawy Pzp.”*

#### Zarzutek nr 1

Stosownie do treści art. 214 ust. 1 pkt 11) PZP Zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki, jeżeli zamówienie udzielane jest przez zamawiającego, o którym mowa w art. 4 i art. 5 ust. 1 pkt 1), osobie prawnej, przy spełnieniu łącznie następujących warunków:

1. zamawiający sprawuje nad tą osobą prawną kontrolę, odpowiadającą kontroli sprawowanej nad własnymi jednostkami, polegającą na dominującym wpływie na cele strategiczne oraz istotne decyzje dotyczące zarządzania sprawami tej osoby prawnej; warunek ten jest również spełniony, gdy kontrolę taką sprawuje inna osoba prawna kontrolowana przez zamawiającego w taki sam sposób,
2. ponad 90% działalności kontrolowanej osoby prawnej dotyczy wykonywania zadań powierzonych jej przez zamawiającego sprawującego kontrolę lub przez inną osobę prawną, nad którą ten zamawiający sprawuje kontrolę, o której mowa w lit. a,
3. w kontrolowanej osobie prawnej nie ma bezpośredniego udziału kapitału prywatnego.

Odwołujący nie kwestionuje występowania w okolicznościach sprawy określonych w pkt 1 i 3 przesłanek udzielenia zamówienia z wolnej ręki. Analizie podlega tylko przesłanka nr 2 przepisu.



W ocenie Odwołującego Zamawiający w ogóle nie wykazał (a nawet nie uprawdopodobnił), aby SANIKO jako wykonawca, 90% swojej działalności wykonywała w związku z zadaniami powierzonymi jej przez Zamawiającego jako podmiot ją kontrolujący. Po pierwsze z treści normy zawartej w art. 214 ust. 1 pkt 11 lit. b) PZP, czytany łącznie z art. 214 ust. 4 PZP istnienie warunku określonego procentu prowadzenia działalności związanej z zadaniami powierzonymi, jest wymagane zarówno przed udzieleniem zamówienia, jak i przez cały okres, na jaki następnie zostanie zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego. Oznacza to, że udzielenie zamówienia z wolnej ręki możliwe jest jedynie w sytuacji, gdyż dany podmiot kontrolowany w ramach swojego bieżącego funkcjonowania, już na etapie przed ogłoszeniem o zamiarze zawarcia z nim umowy, spełnia omawiany wymóg. Ponadto gdy weźmie się pod uwagę treść art. 214 ust. 5 PZP, co do zasady stan ten winien trwać w okresie poprzedzającym zamówienie co najmniej przez 3 lata. Za taki bowiem okres ustawodawca nakazuje uwzględniać strukturę osiągniętych przez podmiot kontrolowany przychodów. Regulacja ta potwierdza także dodatkowo konieczność występowania innej jeszcze okoliczności. Wskazuje się, że łączny czas realizacji przez podmiot kontrolowany zadań powierzonych nie powinien mieć wymiaru marginalnego, czy też incydentalnego. Jego trwanie winno być wyraźne i nie budzące wątpliwości.

Tymczasem już tylko z treści ogłoszenia o zamiarze udzielenia zamówienia jasno wynika, że w dacie jego publikacji powyższy warunek nie jest spełniony. Zamawiający bowiem zakłada, że osiągnięty stan nim przewidziany dopiero w przyszłości. Do przedstawionej konkluzji prowadzą następujące fragmenty zawarte w treści ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy:

- *„Na skutek dokonanego podziału Spółki wszelka działalność komercyjna dotycząca m. in. gospodarki odpadami dla odpadów pochodzących z terenu innych gmin niż gmina Myszków, a także odbiór z tzw. nieruchomości niezamieszkałych nieobjętych gminnym systemem odbioru odpadów, został przejęty przez spółkę nowo zawiązaną – SANIKO BIS Sp. z o.o. Spółka ta przejmie również zarządzanie Cmentarzem Komunalnym i świadczenie usług pogrzebowych.”* Istotnym zatem pozostaje ustalenie kiedy (i czy w ogóle) do owego przejęcia dojdzie oraz jaki aktualnie, tj. przed udzieleniem zamówienia, procent działalności SANIKO stanowi świadczenie usług pogrzebowych.

- *„Efektem podziału ma być zatem dalsza specjalizacja Spółki, która skoncentruje się wyłącznie na działalności na rzecz Gminy Myszków i zaspokajaniu potrzeb mieszkańców Myszkowa. W tym celu dokonano w akcie założycielskim P.U.K. SANIKO Sp. z o.o. zmian zgodnie z którymi ta Spółka po podziale będzie w ponad*

99% prowadzić działalność powierzoną jej przez Gminę Myszków polegającą na wykonywaniu zadań własnych gminy w granicach administracyjnych gminy Myszków w zakresie pozwalającym m. in. na odbieranie odpadów komunalnych od właścicieli zamieszkałych nieruchomości oraz na unieszkodliwianie odpadów komunalnych. Inna działalność, którą można będzie określić mianem działalności komercyjnej, będzie stanowiła niespełna jeden procent jej działalności. Działalność ta będzie związana z najmem i dzierżawą części nieruchomości Spółki oraz posiadanego przez Spółkę sprzętu specjalistycznego na rzecz innych przedsiębiorców.” Według Odwołującego w dacie publikacji SANIKO nie realizuje zadań powierzonych w opisywanym zakresie. Zamawiający zakłada dopiero, że stan taki wystąpi. Poczyniona przez Zamawiającego prognoza, w której SANIKO osiąga wymagany procent działalności związanej z usługami powierzonymi zakłada, iż podmiot ten będzie realizował na rzecz gminy usługę odbioru odpadów od mieszkańców, którą ma dopiero pozyskać w przyszłości, tj. na skutek udzielenia zamówienia z wolnej ręki. Zamówienie to wypełniałoby będzie niemal w całości zakres funkcjonowania SANIKO. Jeśli spółka go nie pozyska, de facto utraci sens swojego istnienia (w formie po jej podziale), co pozostaje w związku również z zarzutem pozorności samej jej reorganizacji;

- „Dokonany podział ma zatem spowodować taką reorganizację działalności Spółki, która pozwoli na przeprowadzenie wiarygodnej prognozy handlowej i ustalenie, że działalność Spółki po reorganizacji będzie w ponad 90% działalnością realizowaną na rzecz Gminy Myszków.” Ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy zostało opublikowane 14 grudnia 2022 r. Skoro sam Zamawiający wskazuje w jego treści, że SANIKO dopiero „będzie” w ponad 90% realizować zadania powierzone, to znaczy, że aktualnie stan ten nie został jeszcze osiągnięty;

- „Inna działalność, którą można będzie określić mianem działalności komercyjnej, będzie stanowiła niespełna jeden procent jej działalności.” Fragment dowodzi poczynieniu przez Zamawiającego pewnych założeń na przyszłość, które mają zostać dopiero osiągnięte, i które uwzględniają już realizację przez SANIKO zamówienia, jakie ma otrzymać wyniku postępowania z wolnej ręki.

W kontekście powyższego aktualnie istotnym pozostaje jaki procent obecnie wykonywanej przez SANIKO działalności, stanowi przychód osiągany przez ową spółkę z „innej działalności, którą można określić mianem komercyjnej”. Takich danych Zamawiający nie podaje w treści ogłoszenia, co oznacza, że nie dochował w tym zakresie obowiązków publikacyjnych. W ocenie Odwołującego powołanie się wyłącznie na treść „wiarygodnej prognozy” (jak określą ją sam Zamawiający) i brak przedstawienia konkretnych i rzetelnych danych objętych jej treścią, jak również

rzeczywistych danych przedstawiających stan struktury przychodów spółki przed udzieleniem ewentualnego zamówienia w tzw. trybie in-house, godzi w zasadę przejrzystości postępowania i uniemożliwia faktyczną weryfikację prawidłowości podjętego przez Zamawiającego postępowania. Już tylko z tej przyczyny czynności Zamawiającego kwalifikują się natomiast do unieważnienia. Pozostają bowiem w otwartej sprzeczności z wymogami stawianymi przed Zamawiającym przez ustawodawcę.

#### Zarzut nr 2

Stosownie do treści art. 214 ust. 5) i 6) PZP do obliczania procentu działalności, o którym mowa w ust. 1 pkt 11 lit. b) uwzględnia się średni przychód osiągnięty przez osobę prawną w odniesieniu do usług, dostaw lub robót budowlanych za 3 lata poprzedzające udzielenie zamówienia. W przypadku zaś gdy ze względu na: 1) dzień utworzenia lub 2) rozpoczęcia działalności przez osobę prawną lub zamawiającego lub 3) reorganizację ich działalności dane dotyczące średniego przychodu za 3 lata poprzedzające udzielenie zamówienia są niedostępne lub nieadekwatne, procent działalności, o którym mowa ustala się za pomocą wiarygodnych prognoz handlowych.

Odwołujący zwrócił uwagę, że w przypadku objętym postępowaniem nie doszło do wypełnienia żadnej z przesłanek, która mogłaby uzasadniać oparcie się przez Zamawiającego na wiarygodnej prognozie handlowej, w miejsce danych dotyczących udokumentowanych przez SANIKO przychodów, wynikających z posiadanych ksiąg rachunkowych. Nie każda bowiem „reorganizacja”, o której mowa w przywołanych przepisach uprawnia do zastąpienia wyników finansowych osiągniętych przez podmiot kontrolowany w okresie trzech ostatnich lat, prognozą handlową. Owa reorganizacja musi bowiem wywołać skutek w postaci niedostępności lub nieadekwatności danych wynikających ze struktury osiągniętych przez podmiot w przeszłości przychodów. Efekt ten nie wystąpił natomiast w okolicznościach sprawy.

Zdaniem Odwołującego wynika to z faktu, że do podziału spółki pod firmą Przedsiębiorstwa Usług Komunalnych „SANIKO” Sp. z o.o. z siedzibą w Myszkowie doszło poprzez wydzielenie z jej struktur innej osoby prawnej, konkretnie SANIKO BIS Sp. z o.o. z siedzibą w Myszkowie. Jest to wyjątkowy sposób reorganizacji podmiotu, który polega na nieprzerwanej i niezakłóconej kontynuacji istnienia podmiotu, z którego wydzielana jest inna spółka. Ta druga natomiast zostaje wyposażona w majątek i rozpoczyna swoje istnienie dopiero z chwilą jej wpisu do rejestru przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego.

Przyjętą przez ustawodawcę zasadą wynikającą z treści art. 530 § 1 KSH jest to, że spółka dzielona zostaje rozwiązana bez przeprowadzenia postępowania

likwidacyjnego w dniu wykreślenia jej z rejestru (dzień podziału). Oznacza to, że w sensie prawnym dokonuje się w takim przypadku swoistego „unicestwienia” spółki dzielonej, do życia natomiast powołuje się w jej miejsce inne spółki, które zostają wpisane do rejestru. W takim przypadku każda z nowo powstałych spółek rozpoczyna swoją osobną historię i otwiera własne księgi rachunkowe.

Powyższa reguła nie ma jednak zastosowania w trybie podziału, który wykorzystany został przez Gminę Myszków w przypadku podziału spółki komunalnej Przedsiębiorstwa Usług Komunalnych „SANIKO” Sp. z o.o. Fakt ten wynika w sposób jednoznaczny z treści art. 530 § 2 KSH, zgodnie z którym przepis § 1 nie dotyczy podziału przez wydzielenie. Wydzielenie nowej spółki następuje w dniu jej wpisu do rejestru. Natomiast spółka, z której wydzielono inny podmiot w dalszym ciągu istnieje. Jej historia sprzed czynności podziału nie ulega jakiegokolwiek zmianie, podobnie jak dane ewidencyjne i księgowo zebrane i opracowane do dnia podziału. W przypadku opisywanego sposobu reorganizacji tylko względem spółki wydzielonej (w tym wypadku SANIKO BIS Sp. z o.o.) można mówić o rozpoczęciu działalności od nowa. I to ewentualnie, gdyby jej Zamawiający zamierzał powierzyć usługę w trybie z wolnej ręki, można by rozważać zasadność zastąpienia osiąganych przez nią w przeszłości przychodów wiarygodną analizą handlową. Wówczas bowiem z uwagi na przeprowadzoną reorganizację nie byłoby możliwym przedstawienie adekwatnych przychodów osiąganych przez ten podmiot w okres 3 lat wstecz, albowiem brak było po stronie tej spółki jakichkolwiek przychodów. Zamawiający jednak ma zupełnie inne zamierzenia i to przez ich pryzmat oceniać należy zgodność jego postępowania z powszechnie obowiązującymi przepisami.

Oczywistym jest przy tym, że opisany podział spółki Przedsiębiorstwa Usług Komunalnych „SANIKO” Sp. z o.o. wywołuje określonego rodzaju konsekwencje na przyszłość, albowiem spółka wydzielona od daty jej wpisu do rejestru staje się stroną ewentualnych umów, czy decyzji administracyjnych przyporządkowanych do niej w planie podziału. Sam fakt wydzielenia spółki nie wpływa jednak w żaden sposób na przychody osiągnięte historycznie (do dnia podziału) przez spółkę dzieloną, czy też strukturę tych przychodów. Nie ma także wpływu na istnienie samej spółki dzielonej i dokonane przez nią w przeszłości czynności. Akt podziału nie sprawa także, że przychody – osiągnięte przez spółkę dzieloną do dnia podziału – stają się po tej dacie przychodami spółki wydzielonej. Ta bowiem dopiero od chwili jej powstania zaczyna generować własne obroty przy wykorzystaniu jedynie majątku jaki otrzymała w wyniku przeprowadzonej reorganizacji.

Wyjątek przewidziany przepisem art. 214 ust. 6 PZP, który otwiera możliwość zastąpienia rzetelnych danych księgowych „wiarygodną prognozą handlową”, nie

dotyczy sytuacji objętej przedmiotem postępowania. W tym wypadku bowiem podmiot, któremu Zamawiający zamierza powierzyć realizację usługi, jest spółką dziesięciolecia, w sposób nieprzerwany istniejącą na rynku, która co najmniej na przestrzeni ostatnich kilku lat zdecydowaną większość swoich przychodów, faktycznie generowała z działalności nie dotyczącej realizacji zadań powierzonych przez gminę. Niezaprzeczalnie przychody te były z kolei wykorzystywane na potrzeby związane z jej bieżącym funkcjonowaniem i utrzymaniem, co oznacza, że spółka ta mogła istnieć do dnia podziału wyłącznie z uwagi na wpływy środków pochodzących z wykonywania usług „zewnętrznych”, przez które Odwołujący rozumie w tym wypadku te nieświadczony na rzecz Gminy Myszków, a innych podmiotów. Nie jest zatem trafionym twierdzenie, że obecnie nie należy uwzględniać tych przychodów w historii tegoż podmiotu na potrzeby zlecenia usługi in house, wobec ich rzekomej „nieadekwatności”, której występowanie błędnie postuluje Zamawiający. Jego argumentacja w tym aspekcie nie może być uznana za słuszną.

W zastanych okolicznościach zabieg przeprowadzony przez Zamawiającego jest próbą nadużycia obowiązujących regulacji na własne potrzeby i w sposób oczywisty zmierza do obejścia ustanowionych przez prawodawcę norm. Należy go również uznać za sprzeczny z aprobowanymi zasadami współżycia społecznego, albowiem otwarcie zmierza do nieuprawnionego ograniczania konkurencji kształtującej się na zasadach wolnorynkowych, powszechnie społecznie uznanych za najwłaściwsze przy zawieraniu relacji biznesowych. Z tej przyczyny działania Zamawiającego stoją w opozycji również do treści art. 58 § 1 i 2 KC, co powoduje ich nieważność z mocy samego prawa.

#### Zarzuty nr 3-5

Zamawiający planujący powierzenie realizacji usługi osobie prawnej w trybie z wolnej ręki, obowiązany jest dochować szeregu powinności publikacyjnych, aby prowadzone przez niego postępowanie czyniło zadość zasadzie przejrzystości oraz aby każdy zainteresowany miał możliwość dokonania weryfikacji działań podejmowanych przez podmiot publicznych. Stosownie do treści art. 216 ust. 1 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.

Do kwestii szczegółowych związanych z treścią owego ogłoszenia ustawodawca poprzez normę z art. 272 ust. 2 PZP odsyła do rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 20 grudnia 2020 r. (Dz.U. 2020 poz. 2439 dalej „Rozporządzenie wykonawcze”). Na uwagę zasługuje załącznik nr 2 do tego rozporządzenia, zawierający zakres informacji zawartych w ogłoszeniu o zamiarze

udzielenia zamówienia. Z perspektywy odwołania istotne znaczenie ma w szczególności pkt 3) ppkt 5); pkt 4) ppk 2) oraz pkt 5) ppkt 2) załącznika do Rozporządzenia wykonawczego. Wskazują one bowiem, że w treści ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy winny znaleźć się następujące informacje: 1) wartość zamówienia, 2) uzasadnienie faktyczne wyboru trybu z wolnej ręki, 3) jeżeli wykonawca prowadzi działalność gospodarczą - krajowy numer identyfikacyjny (w przypadku polskich wykonawców - numer REGON lub NIP). Tymczasem żaden z tych elementów nie znalazł się w treści ogłoszenia opublikowanego w dniu 14 grudnia 2022 r. przez Zamawiającego. Co do wartości zamówienia oraz numeru identyfikacyjnego wykonawcy brak jest potrzeby dalszego uzasadniania, ponieważ ich brak jest widoczny *prima facie* po lekturze ogłoszenia, stąd też w tym zakresie brak jest potrzeby szerszego uzasadnienia.

Nieco więcej wątpliwości budzić może natomiast zarzut braku uzasadnienia faktycznego dla wybranego trybu wyboru wykonawcy. Wszak mogłoby się wydawać, że Zamawiający zawarł w tej materii kilka uwag w treści ogłoszenia. Stawiając ów zarzut Odwołujący miał jednak na uwadze, że uzasadnienie faktyczne, o jakim mowa w pkt 4 ppkt 2 załącznika nr 2 do Rozporządzenia wykonawczego winno być rozumiane jako pełna i przejrzysta informacja, z której w oparciu o konkretne dane adresat ogłoszenia będzie w stanie, w sposób nie budzący wątpliwości wywnioskować i zrozumieć, jakie to zindywidualizowane fakty występujące w sprawie uzasadniły stosowanie określonych norm prawnych. Tak postrzegane uzasadnienie otwiera również drogę do weryfikacji poprawności i słuszności obranej przez Zamawiającego ścieżki. Tymczasem z treści ogłoszenia opublikowanego przez Zamawiającego nie sposób wyłuskać podobnych okoliczności.

Przede wszystkim brak jest szczegółowej informacji na temat danych objętych wiarygodną prognozą handlową, jaką rzekomo dysponuje Zamawiający. W zakresie tego dokumentu Zamawiający bardzo krótko podaje jedynie, że *„Zamawiający posiada wiarygodną prognozę handlową w formie dokumentu, z którego wynika jaki procent przychodów spółka będzie osiągać z wykonywania zadań powierzonych jej przez zamawiającego a jaki z pozostałej działalności.”* Ogłoszenie nie daje natomiast odpowiedzi na kluczowe i podstawowe pytania, istotne z punktu widzenia ewentualnych potrzeb jej opracowania, tj.: z jakiej daty pochodzi owa prognoza oraz na jaki dzień została wykonana, jakie konkretnie uwzględnia przychody, z jakich tytułów, w jakich kwotach i co daje podstawę twierdzenia, że taka właśnie będzie ich struktura, a także przede wszystkim kto jest jej autorem i w oparciu o jaką metodologię badawczą opracował jej treść?

Odwołujący wskazał, że nie oczekuje w analizowanym zakresie obszernego i rozbudowanego opisu w treści ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy. Samo jednak przedstawienie w zwięzłej formie informacji, o których mowa jawi się jako możliwe do wykonania, a zarazem niezbędne dla potrzeb przyznania faktu, że uzasadnienie faktyczne wyboru trybu zostało przez Zamawiającego w ogóle podane. Tym bardziej kiedy weźmie się pod uwagę okoliczność, iż Zamawiający podjął decyzję o odstąpieniu od zasady nakazującej dla potrzeb wyboru trybu z wolnej ręki w procedurze zwanej in-house, uwzględniać strukturę przychodów wykonawcy z 3 lat poprzedzających udzielenie zamówienia. Dla możliwości skorzystania z tego wyjątku potrzeba mocnych i rzeczywistych podstaw. Wszystkie one winny być natomiast szczegółowo wymienione w treści ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy. Z tego ostatniego natomiast nie wynika w żadnym zakresie jaki faktycznie i konkretnie procent działalności SANIKO jest obecnie i będzie w przyszłości wykonywany poprzez zadania powierzone przez Gminę Myszków, ani z jakich źródeł dane te miałyby wynikać. Zamawiający każdorazowo wskazuje jedynie na określone procentowo wartości docelowe, wynikające z umowy spółki bądź powszechnie obowiązujących przepisów prawa. To zdecydowanie za mało, aby spoczywający na nim obowiązek informacyjny uznać za spełniony.

Jak podkreśla się w dotychczasowym i zachowującym swoją aktualność dorobku orzeczniczym Krajowej Izby Odwoławczej: *„To na zamawiającym spoczywa obowiązek wykazania istnienia przesłanek dla zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki w taki sposób, aby nie budziło to żadnych wątpliwości. Obowiązek publikacji ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy w trybie zamówienia z wolnej ręki ma na celu umożliwienie innym podmiotom dokonania oceny, czy faktycznie istnieją podstawy do udzielenia zamówienia w trybie in-house. Zobowiązując zamawiającego do zamieszczenia takiej informacji ustawodawca zapewnił ochronę zasady konkurencji i przejrzystości, a potencjalnym wykonawcom dał możliwość zweryfikowania spełniania m.in. przesłanek z art. 67 ust. 1 pkt 15 Prawa zamówień publicznych, którzy w przypadku przekonania, że brak jest podstaw do udzielenia zamówienia in-house w oparciu o ten przepis mają prawo wnieść odwołanie i w takim kontekście przedmiotowe odwołanie jest rozpoznawane przez Izbę”* (Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 27 grudnia 2018 roku, KIO 2567/18).

Odwołujący uważa, że czynność ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy już tylko z przyczyn czysto formalnych obciążona jest istotnymi wadami, które dyskwalifikują możliwość ich utrzymania w obrocie prawnym.

#### Zarzut nr 6

Odwołujący zwrócił także uwagę na treść art. 214 ust. 7 PZP, zgodnie z którym wymaganie procentu działalności, o którym mowa w ust. 1 pkt 11 lit. b nie jest spełnione, jeżeli reorganizacja działalności, o której mowa w ust. 6, została przeprowadzona dla pozorów.

Sam Zamawiający nie kryje się z faktem – na co wskazuje chociażby treść ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy – że podjęta przez niego decyzja o reorganizacji SANIKO, miała na celu wyłącznie stworzenie warunków umożliwiających powierzenie jej usługi w trybie in-house: *„Dokonany podział ma zatem spowodować taką reorganizację działalności Spółki, która pozwoli na przeprowadzenie wiarygodnej prognozy handlowej i ustalenie, że działalność Spółki po reorganizacji będzie w ponad 90% działalnością realizowaną na rzecz Gminy Myszków.”* Z przytoczonego zdania jasno i jednoznacznie wynika, że przeprowadzone reorganizacja spółki nie była podyktowana jakimikolwiek względami ekonomicznymi, czy też szerzej – nie posiadała uzasadnienia gospodarczego. Jej wyłącznym celem było doprowadzenie do tego, aby możliwym było aktywowanie normy z art. 214 ust. 6 PZP, co samo w sobie dowodzi pozorności owej reorganizacji.

Zamawiający zdawał sobie przy tym sprawę, że SANIKO przed podziałem, wobec posiadanej struktury przychodów nie spełniała przesłanek do tego, aby uzyskać zamówienie z wolnej ręki. Aby nie tracić zatem przychodów z działalności komercyjnej, w sposób całkowicie sztuczny (pozorny) przeprowadzona została czynność podziału spółki, na podstawie której możliwym było „pod płaszczykiem” innego podmiotu zachowanie przez Gminę Myszków dotychczasowych źródeł dochodu z jej głównej działalności operacyjnej o charakterze komercyjnym, a jednocześnie podjęcie próby powierzenia tej spółce usługi na rzecz samej gminy. Takie postępowanie nie może zasługiwać na aprobatę. Intencje i sposób postępowania Zamawiającego są w tym wypadku nie tylko podstępne i naganne, ale w sposób otwarty i bezpośredni nakierowane na obejście przepisów normujących kwestię świadczenia usług w formule in-house.

Odwołujący zwrócił uwagę, że SANIKO oraz wydzielona z jej struktur spółka SANIKO BIS Sp. z o.o. posiadają ten sam adres siedziby (ul. Bolesława Prusa 70 w Myszkowie), co skłania ku przypuszczeniu ocierającemu się o pewność, że jedna drugiej udostępnia nieruchomości na podstawie umowy. Obie zatem funkcjonują w tym samym miejscu, korzystają z tej samej bazy, najpewniej również z tożsamego zaplecza sprzętowego, w zależności od bieżących potrzeb każdej z nich. Ponadto skład zarządu każdej z tych spółek jest tożsamy, tj. funkcję jedyne go ich członka w funkcji prezesa pełni w obu przypadkach Pan J. T.. Niewątpliwie dowodzi to



centralizacji i ujednoczeniu sposobu zarządzania i prowadzenia spraw spółek. Ta sama osoba obsadzona u steru każdej z nich jest gwarantem jednolitości i spójności w działaniu, pomimo formalnego wyodrębnienia osobnych struktur. Porównując rodzaje działalności jakie prowadzić ma każda ze spółek zgodnie z wpisem widniejącym w rejestrze przedsiębiorców, nie sposób nie dostrzec, że są one niemal bliźniacze. Główny przedmiot działalności stanowi w obu przypadkach kod 38.11.Z – Zbieranie odpadów innych niż niebezpieczne. Z pozostałych dziewięciu rodzajów działalności podlegających wpisowi do KRS, zwanych dodatkowymi, pokrywa się aż sześć z nich (PKD 38.12.Z, 38.21.Z, 38.32.Z, 81.29.Z, 81.30.Z, 85.59.Z, 96.09.Z). Co jednak równie istotne, a może i najważniejsze jedynym udziałowcem (właścicielem), posiadającym 100% udziałów w kapitale zakładowym każdej z tych spółek pozostaje Gmina Myszków. Oznacza to, że ewentualne dochody generowane przez oba podmioty wchodzi do majątku i są w dyspozycji Zamawiającego. Brak jest zatem racjonalnych i uzasadnionych ekonomicznie przesłanek dla przeprowadzenia czynności podziału, której dokonał Zamawiający z udziałem SANIKO. Jedyną bowiem, rzeczywistą przyczyną takiego działania od początku jego planowania i wdrożenia, była chęć skorzystania w dobrodziejstwa art. 214 ust. 6 PZP.

Odwołujący odwołał się do treści ogłoszenia Zamawiającego o zamiarze udzielenia zamówienia, gdzie wskazane zostało, iż: *„Efektem podziału ma być zatem dalsza specjalizacja Spółki, która skoncentruje się wyłącznie na działalności na rzecz Gminy Myszków i zaspokajaniu potrzeb mieszkańców Myszkowa. W tym celu dokonano w akcie założycielskim P.U.K. SANiKO Sp. z o.o. zmian zgodnie z którymi ta Spółka po podziale będzie w ponad 99% prowadzić działalność powierzoną jej przez Gminę Myszków polegającą na wykonywaniu zadań własnych gminy w granicach administracyjnych gminy Myszków w zakresie pozwalającym m. in. na odbieranie odpadów komunalnych od właścicieli zamieszkałych nieruchomości oraz na unieszkodliwianie odpadów komunalnych.”*

Odwołujący podkreślił, że zgodnie z powszechnie znanymi i aprobowanymi metodami klasyfikowania rodzajów działalności, w żadnej z nich nie istnieje podział, czy też „specjalizacja” na usługę wywozu odpadów zlecaną przez określoną gminę oraz usługę wywozu odpadów zlecaną przez inne podmioty publiczne oraz prywatne. Nie istnieje bowiem taki przedmiot działalności jak świadczenie usługi odbioru, czy też gospodarowania odpadami na rzecz Gminy Myszków, odrębny od świadczenia tożsamej usługi dla innych podmiotów. Odbiór odpadów niezależnie od osoby zleciennodawcy w każdym przypadku posiada tę samą specyfikę na poziomie realizacji usługi, tj. wymaga tej samej wiedzy, doświadczenia, zaplecza

pracowniczego i technicznego. Brak jest tutaj cechy zmiennej/różnicującej, która mogłaby dawać podstawę do wykształcenia się „specjalizacji”, na którą powołuje się Zamawiający. Aby jeszcze wyraźniej ukazać absurdalność argumentacji Zamawiającego dotyczącej podawanych, rzekomych przyczyn podziału SANIKO, dodać w tym miejscu wypada, że spółka ta do dnia podziału realizowała dwie umowy na wykonywanie zamówienia publicznego w zakresie odbioru i zagospodarowania odpadów na rzecz gmin: Kamienica Polska oraz Koziegłowy. Realizację tych zadań przejęła po dniu podziału spółka SANIKO BIS Sp. z o.o. Nie może jednak budzić wątpliwości fakt, że z uwagi na rodzaj i charakter tych usług, są one bliźniaczo podobne do zamówienia, które Zamawiający pragnie powierzyć obecnie SANIKO w trybie z wolnej ręki.

W obrocie powszechnym, dla uporządkowania funkcjonowania podmiotów gospodarczych i gromadzenia danych statystycznych opracowana została Polska Klasyfikacja Działalności, zawierająca katalog wszystkich wyróżnianych w obrocie przedmiotów działalności, pogrupowanych na klasy i podklasy, którym przydzielone zostały indywidualne kody. SANIKO oraz wydzielona z niej spółka SANIKO BIS Sp. z o.o. posiadają ten sam przedmiot głównej działalności. Niewątpliwie oznacza to zatem, że świadczą tożsame usługi. W warunkach wolnorynkowych takie spółki konkurowałyby ze sobą o pozyskanie klientów, przy czym bez znaczenia pozostawałoby to, czy odbiorca ich usług byłby podmiotem publicznym, czy też komercyjnym (prywatnym). Ustalenie natomiast pomiędzy tego typu przedsiębiorcami sposobu podziału rynku z uwagi na osobę nabywcy poprzez jakiegokolwiek porozumienia, uznane być winno jako czyn nieuczciwej konkurencji, o którym mowa w art. 9 ust. 2 pkt 7) UOKK.

Mając na uwadze całość argumentacji Odwołujący wnosił i wywodził jak w petitum.

**Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego oraz oświadczeń, a także stanowisk Stron i Uczestnika postępowania, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:**

Izba ustaliła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, odwołanie nie zawierało braków formalnych i mogło zostać rozpoznane merytorycznie.

Ustalono dalej, że wykonawca wnoszący odwołanie posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia

szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych. Możliwość dokonania w sposób nieprawidłowy czynności wyboru trybu prowadzenia postępowania w formie z wolnej ręki oraz wybór oferty innego Wykonawcy i podpisanie z nim umowy w sprawie zamówienia publicznego pozbawia Odwołującego możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia i naraża go na poniesienie szkody w postaci niezyskania zamówienia.

Do postępowania odwoławczego zgłoszenie przystąpienia po stronie Zamawiającego złożył Wykonawca Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych „SANIKO” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Myszkowie (dalej jako „Przystępujący”). Izba potwierdziła skuteczność zgłoszonego przystąpienia. Przystępujący popierał stanowisko Zamawiającego, złożył pismo procesowe, w którym przedstawił argumentację przemawiającą za oddaleniem odwołania w całości.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wnosił o jego oddalenie w całości.

#### **Zarzuty nr 1 i 2**

Zgodnie z art. 214 ust. 1 pkt. 11 ustawy Pzp Zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki, jeżeli zamówienie udzielane jest przez zamawiającego, o którym mowa w art. 4 i art. 5 ust. 1 pkt 1, osobie prawnej, jeżeli spełnione są łącznie następujące warunki:

- a) zamawiający sprawuje nad tą osobą prawną kontrolę, odpowiadającą kontroli sprawowanej nad własnymi jednostkami, polegającą na dominującym wpływie na cele strategiczne oraz istotne decyzje dotyczące zarządzania sprawami tej osoby prawnej; warunek ten jest również spełniony, gdy kontrolę taką sprawuje inna osoba prawna kontrolowana przez zamawiającego w taki sam sposób,
- b) ponad 90% działalności kontrolowanej osoby prawnej dotyczy wykonywania zadań powierzonych jej przez zamawiającego sprawującego kontrolę lub przez inną osobę prawną, nad którą ten zamawiający sprawuje kontrolę, o której mowa w lit. a,
- c) w kontrolowanej osobie prawnej nie ma bezpośredniego udziału kapitału prywatnego.

Gmina Myszków jako jednostka sektora finansów publicznych w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 27 sierpnia 2009r. o finansach publicznych (t.j. Dz.U. z 2022r. poz. 1634 ze zm) jest zamawiającym, o którym mowa w art. 4 pkt 1 ustawy Pzp i co do zasady może udzielić zamówienia, o którym mowa w art. 214

ust. 1 pkt 11 lit. a) ustawy Pzp po spełnieniu warunków, o których mowa w tym przepisie.

Odwołujący zarzuca niespełnienie przesłanki z art. 214 ust. 1 pkt 11 lit. b) ustawy Pzp na dzień publikacji ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy. Zamawiający wskazał, że ustawodawca nie wymaga, aby przesłanka z art. 214 ust. 1 lit. b) była spełniona na dzień publikacji ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy. Norma art. 216 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że *„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”, bez wskazywania z jakim czasowym wyprzedzeniem Zamawiający ma umieścić przedmiotowe ogłoszenie o zamiarze umowy. Ustawodawca wskazał jedynie w art. 216 ust. 2 ustawy Pzp, że „Zamawiający może zawrzeć umowę w sprawie zamówienia udzielonego na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 11-14 nie wcześniej niż po upływie 14 dni od dnia zamieszczenia ogłoszenia, o którym mowa w ust. 1”.* Wymagane jest zatem jedynie, aby okres pomiędzy zamieszczeniem ogłoszenia a zawarciem umowy nie był krótszy niż 14 dni. Oznacza to, że Zamawiający jest uprawniony zamieścić ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy nawet ze znacznym wyprzedzeniem i data zamieszczenia ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy jest irrelevantna z punktu widzenia spełnienia przesłanek, o których mowa w art. 214 ust. 1 pkt 11 ustawy Pzp.

W szczególności, że norma art. 214 ust. 5 ustawy Pzp stanowi *„Do obliczania procentu działalności, o którym mowa w ust. 1 pkt 11 lit. b, pkt 12 lit. b, pkt 13 lit. b i pkt 14 lit. c, uwzględnia się średni przychód osiągnięty przez osobę prawną lub zamawiającego w odniesieniu do usług, dostaw lub robót budowlanych za 3 lata poprzedzające udzielenie zamówienia”.*

Zgodnie z art. 254 ust. 1 ustawy Pzp postępowanie o udzielenie zamówienia kończy się:

- 1) zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego albo
- 2) unieważnieniem postępowania.

Odnośnie spełnienia przesłanki z art. 214 ust. 1 pkt 11 lit. b) ustawy Pzp do daty publikacji ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy nie ma oparcia w przepisach prawa.

Jednocześnie art. 214 ust. 4 ustawy Pzp stanowi, że *„Istnienie okoliczności, o których mowa w ust. 1 pkt 11-14, jest wymagane przez cały okres, na jaki została zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego. Zamawiający zamieszcza w Biuletynie Zamówień Publicznych ogłoszenie o spełnianiu okoliczności, o których mowa w ust. 1 pkt 11-14, w terminie 30 dni po upływie*

*każdych 12 miesięcy od dnia zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, na zasadach określonych w dziale III rozdziale 2”.*

*Zamawiający podnosił, że 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”.*

Odwołujący koncentruje się tylko na jednej przesłance „niedostępności” danych dotyczących średniego przychodu za 3 lata poprzedzające udzielenie zamówienia, zupełnie pomijając fakt, że samodzielną przesłanką zastosowania art. 214 ust. 6 ustawy Pzp jest „nieadekwatność” tych danych ze względu na reorganizację działalności PUK „SANiKO” Sp. z o.o. Zastosowana alternatywa łączna „lub” umożliwi zastosowanie art. 214 ust. 6 ustawy Pzp także w sytuacji, gdy dane osoby prawnej dotyczące średniego przychodu za 3 lata poprzedzające udzielenie zamówienia są dostępne, ale są one nieadekwatne ze względu na reorganizację działalności osoby prawnej. Z taką sytuacją mamy do czynienia w przedmiotowym stanie faktycznym.

Zamawiający wskazał w ogłoszeniu o zamiarze zawarcia umowy dlaczego do ustalenia wskaźnika 90% została przyjęta metoda prognozy handlowej, a nie danych historycznych wskazując na przeprowadzoną reorganizację działalności PUK „SANiKO” Sp. z o. o., która czyni dane historyczne nieadekwatnymi. W dniu 10 sierpnia 2022r. w Kancelarii Notarialnej notariusza K. G. w Myszkowie Zgromadzenie Wspólników Przedsiębiorstwa Usług Komunalnych SANiKO Sp. z o.o. podjęło uchwały o podziale Spółki oraz o zmianie aktu założycielskiego Spółki. Podział spółki Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych SANiKO Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Myszkowie nastąpił w trybie art. 529 § 1 pkt 4 kodeksu spółek handlowych, poprzez przeniesienie części majątku Spółki Dzielonej stanowiącej zorganizowaną część przedsiębiorstwa, w tym nieruchomości na Spółkę Nowo Zawianą –SANiKO BIS Sp. z o.o., w zamian za udziały w kapitale zakładowym Spółki Nowo Zawianej, które w całości zostały objęte przez Gminę Myszków. Gmina Myszków zachowała również wszystkie dotychczas posiadane udziały w kapitale zakładowym Spółki Dzielonej. W wyniku podziału doszło do obniżenia kapitału zakładowego Przedsiębiorstwa Usług Komunalnych SANiKO Sp. z o.o. z kwoty 4.049.000,00 zł., o kwotę 1.569.000,00 zł. – do kwoty 2.480.000,00 zł. Obniżenie kapitału zakładowego nastąpiło poprzez

obniżenie wartości nominalnej udziałów o kwotę 1.569,00 zł. na każdy udział. Po dokonanych obniżeniu wartość nominalna jednego udziału w kapitale zakładowym Spółki wynosi 2.480,00 zł. Jedyńy wspólnik tj. Gmina Myszków nadal posiada 1.000 udziałów w kapitale zakładowym Spółki. Przeprowadzony podział stanowił realizację Planu Podziału sporządzonego przez Zarząd Spółki w dniu 12 czerwca 2022r. i złożonego do akt rejestrowych Spółki Dzielonej prowadzonych przez Sąd Rejonowy w Częstochowie XVII Wydział Gospodarczy KRS pod numerem KRS 0000113756. Zamawiający wskazał w ogłoszeniu o zamiarze zawarcia umowy, że dokonano w akcie założycielskim P.U.K. SANiKO Sp. z o.o. zmian, zgodnie z którymi ta Spółka po podziale będzie w ponad 99% prowadzić działalność powierzoną jej przez Gminę Myszków polegającą na wykonywaniu zadań własnych gminy w granicach administracyjnych gminy Myszków w zakresie pozwalającym m. in. na odbieranie odpadów komunalnych od właścicieli zamieszkałych nieruchomości oraz na unieszkodliwianie odpadów komunalnych.

W ramach zmiany § 1 ust. 3 aktu założycielskiego P.U.K. SANiKO Sp. z o.o. określono, że celem utworzenia Spółki jest powierzenie Spółce realizacji zadań publicznych Gminy Myszków, zadań zleconych Gminie Myszków lub zadań wynikających z porozumień międzygminnych, których stroną jest Gmina Myszków w zakresie utrzymania czystości i porządku na terenie Gminy Myszków, w tym odbieranie, transport i unieszkodliwianie odpadów komunalnych, letnie i zimowe utrzymanie dróg gminnych, chodników, przystanków komunikacji miejskiej i parkingów; utrzymanie obiektów i urządzeń użyteczności publicznej na terenie Gminy Myszków, koszenie i zagospodarowanie terenów zielonych w Gminie Myszków; naprawa chodników i dróg gminnych na terenie Gminy Myszków; prowadzenie punktu selektywnej zbiorki odpadów komunalnych.

PUK „SANiKO” Sp. z o.o. w wyniku przeprowadzonej reorganizacji nie będzie już osiągać przychodów z działalności „komercyjnej” w takim zakresie jak przed reorganizacją i zmiana ta ma charakter trwały. Wydzielenie nowej spółki SANiKO BIS Sp. z o.o. nastąpiło w dniu 17.10.2022r. z chwilą jej wpisu do rejestru KRS pod numerem 0000997324. Na skutek dokonanego podziału Spółki wszelka działalność komercyjna dotycząca m. in. gospodarki odpadami dla odpadów pochodzących z terenu innych gmin niż gmina Myszków, a także odbiór odpadów z tzw. nieruchomości niezamieszkałych nieobjętych gminnym systemem odbioru odpadów została przejęta przez spółkę nowo zawiązaną – SANiKO BIS Sp. z o.o., w tym zarządzenie Cmentarzem Komunalnym i świadczenie usług pogrzebowych. Nieruchomość Cmentarza Komunalnego w wyniku podziału Przedsiębiorstwa Usług Komunalnych SANiKO Sp. z o.o. została przydzielona SANiKO BIS Sp. z o.o. i ten

podmiot po podziale świadczy usługi z tym związane. Przeprowadzona reorganizacja czyni dane historyczne nieadekwatnymi w rozumieniu art. 214 ust. 6 ustawy Pzp.

Wbrew zarzutom Odwołującego Zamawiający wskazał jaki procent działalności PUK „SANIKO” Sp. z o.o. dotyczyć będzie wykonywania zadań powierzonych jej przez Zamawiającego i wskazał na prognozę handlową jako dokument, który to określa.

W sekcji VI. INFORMACJE DODATKOWE Zamawiający podał *„W tym celu dokonano w akcie założycielskim P.U.K. SANIKO Sp. z o.o. zmian zgodnie z którymi ta Spółka po podziale będzie w ponad 99% prowadzić działalność powierzoną jej przez Gminę Myszków polegającą na wykonywaniu zadań własnych gminy w granicach administracyjnych gminy Myszków w zakresie pozwalającym m.in. na odbieranie odpadów komunalnych od właścicieli zamieszkałych nieruchomości oraz na unieszkodliwianie odpadów komunalnych. Inna działalność, którą można będzie określić mianem działalności komercyjnej, będzie stanowić niespełna jeden procent jej działalności. Działalność ta będzie związana z najmem i dzierżawą części nieruchomości Spółki oraz posiadanego przez Spółkę sprzętu specjalistycznego na rzecz innych przedsiębiorców”*. i dalej *„Zamawiający posiada wiarygodną prognozę handlową w formie dokumentu, z którego wynika jaki procent przychodów spółka będzie osiągać z wykonywania zadań powierzonych jej przez zamawiającego a jaki z pozostałej działalności”*.

Z przepisów nie wynika obowiązek „załączania” do ogłoszenia informacji źródłowych. W uzasadnieniu wyroku z dnia 17 stycznia 2022r. sygn. akt KIO 3621/22 Izba dostrzegła, że trudno od Zamawiającego skutecznie wymagać przedstawienia w ogłoszeniu danych źródłowych.

Wydzielenie nowej spółki SANIKO BIS Sp. z o.o. nastąpiło w dniu 17.10.2022r. z chwilą jej wpisu do rejestru KRS. Dzień wydzielenia nowej spółki jest jednocześnie dniem wskazującym na zakończenie konstruktywnego i rzeczywistego podziału spółki, któremu nie można przypisać pozornych działań zmierzających tylko do czasowego wypełnienia przesłanek udzielenia zamówienia in-house. Po uzyskaniu numeru NIP i rejestracji VAT SANIKO BIS Sp. z o.o. przejęła zarządzanie Cmentarzem Komunalnym i świadczenie usług pogrzebowych w oparciu o przeniesiony na nią majątek. Po uzyskaniu odpowiednich zezwoleń na świadczenie usług zbierania odpadów SANIKO BIS Sp. z o.o. przejęła świadczenie usług odbioru odpadów z tzw. nieruchomości niezamieszkałych nieobjętych gminnym systemem odbioru odpadów oraz świadczenie usługi na rzecz Gminy Koziegłowy.

Na skutek dokonanego podziału Spółki-Przedsiębiorstwa Usług Komunalnych „SANIKO” Sp. z o.o. nastąpiła trwała reorganizacja dotychczasowej działalności

i wszelka działalność „komercyjna” tj. odbiór odpadów komunalnych z terenu innych gmin niż gmina Myszków, a także odbiór odpadów z tzw. nieruchomości niezamieszkałych nieobjętych gminnym systemem odbioru odpadów oraz zarządzanie Cmentarzem Komunalnym i świadczenie usług pogrzebowych został przejęty przez spółkę nowo zawiązaną –SANIKO BIS Sp. z o.o. po uprzednim uzyskaniu odpowiednich zezwoleń.

Zamawiający założył, że po reorganizacji Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych SANiKO Sp. z o.o. w Myszkowie w ponad 99 % będzie prowadzić działalność powierzoną jej przez Gminę Myszków – wykonywanie zadań własnych gminy w zakresie odbioru odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych oraz utrzymanie terenów w granicach administracyjnych gminy Myszków. Inna działalność, którą można określić mianem działalności komercyjnej związana z najmem i dzierżawą części nieruchomości Spółki oraz posiadanego przez Spółkę sprzętu specjalistycznego na rzecz innych przedsiębiorców, będzie stanowić niespełna 1 procentową część działalności.

W wyroku z dnia 17 stycznia 2022 r., sygn. akt KIO 3621/21 Izba wskazała, że celem przesłanki wyrażonej w art. 214 ust.1 pkt 11 lit b) ustawy Pzp jest weryfikacja, istnienia pomiędzy osobą prawną a zamawiającym stosunku zależności ekonomicznej, stanowiącego emanację kontroli analogicznej. Stopień zależności determinowany jest decyzjami strategicznymi zamawiającego.

Na skutek działań reorganizacyjnych, zakres działalności gospodarczej PUK „SANiKO” Sp. z o.o. uległ zmianie. Na skutek reorganizacji, po stronie PUK „SANiKO” Sp. z o.o. zmianie uległy źródła przychodów. W konsekwencji dane dotyczące średniego przychodu za 3 lata poprzedzające udzielenie zamówienia stały się nieadekwatne, względem celu jakemu służy weryfikacja przesłanki wynikającej z art. 214 ust. 1 pkt 11 lit.b) ustawy Pzp, tj. ustaleniu czy w konkretnym stanie faktycznym istnieje zależność ekonomiczna osoby prawnej od Zamawiającego.

Zamawiający był uprawniony zgodnie z art. 214 ust. 6 ustawy Pzp z uwagi na reorganizację Przedsiębiorstwa Usług Komunalnych SANiKO Sp. z o.o. w Myszkowie, która czyniła dane dotyczące średniego przychodu za 3 lata poprzedzające udzielenie zamówienia nieadekwatnymi ustalić procent działalności, o którym mowa w art. 214 ust. 1 pkt 11 lit. b) za pomocą wiarygodnych prognoz handlowych.

Szacując procent działalności Spółki powierzonej przez Gminę Myszków i procent tzw. działalności komercyjnej posłużono się prognozowanymi przychodami z poszczególnych rodzajów działalności, przyjmując szacunkowe wartości za poszczególne zadania, jakie będzie realizować Spółka na rzecz Gminy Myszków



oraz realne wartości przychodów z działalności komercyjnej ustalone w oparciu o aktualnie wystawiane faktury skorygowane o szacunki cen jakie będą obowiązywać w przyszłym roku. Prognoza została zaopiniowana przez Radę Nadzorczą Przedsiębiorstwa Usług Komunalnych „SANIKO” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Myszkowie w dniu 7 października 2022r.

### **Zarzut nr 3**

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

W wyroku z dnia 7 lutego 2022r. KIO 181/22 Krajowa Izba Odwoławcza wskazała, że *„z przepisów nie wynika zakres, w jakim stopniu Zamawiający powinien opisać w samym ogłoszeniu przesłanki uprawniające do udzielenia zamówienia z wolnej ręki i jak szczegółowe dokumenty powinien przywołać. W ocenie składu orzekającego ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy ma wyłącznie charakter informacyjny”*.

Odwołujący się nie dostrzega istotnej zmiany przepisów odnośnie treści ogłoszeń, która dostrzegana jest w orzecznictwie KIO. W uzasadnieniu wyroku sygn. akt KIO 3621/21, Izba przeanalizowała zmiany przepisów odnośnie treści ogłoszeń i stwierdziła, że w obecnym stanie prawnym *„nie sposób przyjąć, że prawodawca ustanowił względem zamawiających obowiązek tak szczegółowego uzasadnienia faktycznego i prawnego, jak oczekiwał tego odwołujący, oddając jednocześnie zamawiającym narzędzie - ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy - sporządzane na formularzu, które uniemożliwia jego spełnienie. Stanowisko odwołującego w ww. zakresie nie korespondowało nie tylko z założeniem o racjonalności ustawodawcy, ale abstrahowało od narzędzi, które zostały oddane zamawiającym w celu spełnienia obowiązku ustawowego. Podkreślenia wymaga, że ustawodawca z zamysłem zmienił sposób w jaki informacje o zamówieniach in-house są rozpowszechniane. W sytuacji w której informacje zamieszczane były na stronie podmiotowej Biuletynu Informacji Publicznej, zamawiający nie byli w żaden sposób skrupowani limitem znaków w formularzu ogłoszenia. Mając na względzie powyższe, limitację znaków w formularzu, należy uznać za zabieg zamierzony”*.

Zamawiający w sekcji IV. TRYB UDZIELENIA ZAMÓWIENIA w polu „4.2.) Uzasadnienie faktyczne i prawne wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia albo zamówienia z wolnej ręki:” zawarł tyle informacji na ile znaków pozwalał mu formularz

tj. 935 znaków na maksymalną ilość 1000 znaków i wskazał w ostatnim zdaniu, że „Pozostałe informacje w Sekcji VI ogłoszenia”. W sekcji VI. INFORMACJE DODATKOWE Zamawiający miał do dyspozycji 4000 znaków i wskazał min., że „W tym celu dokonano w akcie założycielskim P.U.K. SANiKOSp. z o.o. zmian zgodnie z którymi ta Spółka po podziale będzie w ponad 99% prowadzić działalność powierzoną jej przez Gminę Myszków polegającą na wykonywaniu zadań własnych gminy w granicach administracyjnych gminy Myszków w zakresie pozwalającym m.in. na odbieranie odpadów komunalnych od właścicieli zamieszkałych nieruchomości oraz na unieszkodliwianie odpadów komunalnych. Inna działalność, którą można będzie określić mianem działalności komercyjnej, będzie stanowić niespełna jeden procent jej działalności. Działalność ta będzie związana z najmem i dzierżawą części nieruchomości Spółki oraz posiadanego przez Spółkę sprzętu specjalistycznego na rzecz innych przedsiębiorców” i dalej „Zamawiający posiada wiarygodną prognozę handlową w formie dokumentu, z którego wynika jaki procent przychodów spółka będzie osiągać z wykonywania zadań powierzonych jej przez zamawiającego a jaki z pozostałej działalności”.

Z przepisów nie wynika obowiązek „załączania” do ogłoszenia informacji źródłowych. W uzasadnieniu wyroku z dnia 17 stycznia 2022r. sygn. akt KIO 3621/21 Izba dostrzegła, że trudno od Zamawiającego skutecznie wymagać przedstawienia w ogłoszeniu danych źródłowych.

Wbrew zarzutom Odwołującego Zamawiający wskazał jaki procent działalności PUK „SANiKO” Sp. z o.o. dotyczyć będzie wykonywania zadań powierzonych jej przez Zamawiającego i wskazał na prognozę handlową jako dokument, który to określa.

Mając na uwadze powyższe zarzut naruszenia art. 216 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 272 ust.2 ustawy Pzp oraz z pkt 4 ppkt 2) załącznika nr 2 do rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 20 grudnia 2020r. (Dz.U. 2020 poz. 2439) Zamawiający uznaje za bezzasadny.

#### **Zarzuty nr 4 i 5**

Zgodnie z art. 272 ust. 1 ustawy Pzp ogłoszenie zamieszczane w Biuletynie Zamówień Publicznych zawiera w szczególności nazwę i adres zamawiającego oraz przedmiot zamówienia lub konkursu. Norma art. 272 ust. 2 ustawy Pzp zawiera delegację ustawową do wydania przez ministra właściwego do spraw gospodarki rozporządzenia zawierającego wzory ogłoszeń. W sposób opisowy zawartość ogłoszenia regulują załączniki do rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 20 grudnia 2020r. w sprawie ogłoszeń zamieszczanych w Biuletynie zamówień publicznych (Dz.U. z 2020r. poz. 2439) wydanego na

podstawie delegacji ustawowej art. 272 ust. 2 ustawy Pzp. Urząd Zamówień Publicznych jako organ zapewniający techniczne utrzymanie systemu teleinformatycznego, przy użyciu którego udostępniany jest BZP powinien zadbać również o zgodność formularzy ogłoszeń *online* z tymi określonymi w ww. rozporządzeniu.

Załącznik nr 2 do rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 20 grudnia 2020r. w sprawie ogłoszeń zamieszczanych w Biuletynie zamówień publicznych (Dz.U. z 2020r. poz. 2439) określa Zakres informacji zawartych w ogłoszeniu o zamiarze zawarcia umowy. W punkcie 3. Przedmiot zamówienia w podpunkcie 5) wskazane jest *„wartość zamówienia, a jeżeli zamawiający udziela zamówienia w częściach, z których każda stanowi przedmiot odrębnego postępowania - łączna wartość poszczególnych części zamówienia oraz wartość zamówienia stanowiącego przedmiot tego postępowania (jeżeli zamawiający podaje informacje o wartości zamówienia);”*. Natomiast w punkcie 5. Zawarcie umowy w podpunkcie 2 wskazane jest *„jeżeli wykonawca prowadzi działalność gospodarczą - krajowy numer identyfikacyjny (w przypadku polskich wykonawców - numer REGON lub NIP (jeżeli dotyczy));”*.

Zamawiający podniósł, że w przypadku ogłoszenia w BZP jego treść określa formularz ogłoszenia, zatem obowiązkowe jest podanie tych informacji, które zgodnie z formularzem są wymagane. Numer NIP lub REGON Wykonawcy nie stanowią odrębnej pozycji w formularzu ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy w ramach sekcji V. Zawarcie umowy. Zamawiający mógłby numer NIP lub REGON Wykonawcy umieścić tylko w polu *„5.1.1.) Nazwa (firma) wykonawcy, któremu Zamawiający zamierza udzielić zamówienia (w przypadku wykonawców ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia – dotyczy pełnomocnika, o którym mowa w art. 58 ust. 2 ustawy)”*.

Zamawiający w ogłoszeniu o zamiarze zawarcia umowy w sekcji VI INFORMACJE DODATKOWE zawarł numer KRS 0000113756 Wykonawcy-Przedsiębiorstwa Usług Komunalnych „SANIKO” Sp. z o.o., któremu Zamawiający zamierza udzielić zamówienia, co pozwala na pełną identyfikację Wykonawcy. Odwołujący nie miał żadnych problemów z identyfikacją Wykonawcy, któremu Zamawiający zamierza udzielić zamówienia publicznego.

Informacja o wartości zamówienia w ogłoszeniu o zamiarze zawarcia umowy ma charakter fakultatywny a nie obligatoryjny, stąd zarzut naruszenia art. 216 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 272 ust. 2 ustawy Pzp oraz z pkt 3 ppkt 5 załącznika nr 2 do rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 20 grudnia 2020r. (Dz.U. z 2020r. poz. 2439) jest w ocenie Zamawiającego bezzasadny.

## **Zarzut nr 6**

Zarzut naruszenia art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz.U. z 2022r. poz. 1233) jest nietrafny. Nie do przyjęcia jest pogląd, by wykonywanie uprawnień właścicielskich jednostką samorządu terytorialnego i podejmowanie decyzji odnośnie form prowadzenia gospodarki komunalnej mogło kolidować z prawem czy dobrymi obyczajami, nawet gdyby zagrażało to interesom podmiotu gospodarczego. Stanowiłoby to nieuzasadnione celem przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji ograniczenie prawa własności.

Odwołujący wskazał również zarzut naruszenia art. 9 ust. 2 ustawy z dnia 16 lutego 2007r. o ochronie konkurencji i konsumentów (t.j. Dz.U. z 2021r. poz. 275), który zawiera katalog otwarty zachowań stanowiących nadużycie pozycji dominującej przez przedsiębiorcę.

Przepisy prawa samorządowego oraz ustawy z dnia 20 grudnia 1996r. o gospodarce komunalnej (t.j. Dz.U. z 2021r. poz. 679 ze zm.) 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. Zgodnie z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 13 września 1996r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (t.j. Dz.U. z 2022r. poz. 2519 z późn.zm) utrzymanie czystości i porządku w gminach należy do obowiązkowych zadań własnych gminy.

Gospodarka komunalna obejmuje zadania z zakresu użyteczności publicznej, których celem jest bieżące i nieprzerwane zaspokajanie zbiorowych potrzeb ludności w drodze świadczenia usług powszechnie dostępnych. W art. 2 ustawy o gospodarce komunalnej określono, iż gospodarka komunalna może być prowadzona przez jednostki samorządu terytorialnego w szczególności w formach zakładu budżetowego lub spółek prawa handlowego. Stosownie do art. 3 ust. 1 tej ustawy jednostki samorządu terytorialnego mogą też powierzać wykonywanie zadań z zakresu gospodarki komunalnej osobom fizycznym, osobom prawnym lub jednostkom organizacyjnym nieposiadającym osobowości prawnej, w drodze umowy na zasadach ogólnych - z uwzględnieniem przepisów o finansach publicznych lub, odpowiednio, przepisów o zamówieniach publicznych i przepisów o działalności pożytku publicznego i o wolontariacie. Ponadto w myśl art. 4 ust. 1 pkt 14 ustawy o gospodarce komunalnej, jeżeli przepisy szczególne nie stanowią inaczej, organy stanowiące jednostek samorządu terytorialnego postanawiają o wyborze sposobu prowadzenia i form gospodarki komunalnej.

Możliwość skorzystania z uprawnienia do udzielenia zamówienia in-house, gwarantowana 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). Aktualny jest pogląd wyrażony w wyroku z dnia 11 czerwca 2021r. Sądu Okręgowego w Warszawie sygn. akt: XXIII Zs 27/21, że *„Decyzja o udzieleniu zamówienia in-house nie musi zostać poprzedzona analizą w przedmiocie konkurencji na rynku właściwym dla przedmiotowego zamówienia, ponieważ Prawo zamówień publicznych, w tym art. 67 ust. 1 i n. takiego obowiązku nie przewiduje”*.

Okolicznością istotną, pominiętą przez Odwołującego jest uregulowanie zawarte w art. 3 ustawy z dnia 16 lutego 2007r. o ochronie konkurencji i konsumentów. Przepis ten stanowi, że przepisów ustawy nie stosuje się do ograniczeń konkurencji dopuszczonych na podstawie odrębnych ustaw. W wyroku z dnia 21 listopada 2021r. KIO 3096/21 Krajowa Izba Odwoławcza wskazała, że *„Zdaniem Izby, przewidziana w art. 214 ust. 1 pkt 11 ustawy PZP możliwość udzielenia zamówienia z wolnej ręki zalicza się właśnie do ustawowych wyjątków dopuszczających ograniczenie konkurencji. Zdaniem Izby, gdyby uznać argumentację Odwołującego za zasadną, prowadziłoby to do sytuacji, w której skorzystanie przez zamawiającego z ustawowego prawa do udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki stanowiłoby naruszenie przepisów UOKiK o nadużyciu pozycji dominującej przez Zamawiającego. Tymczasem zarówno dyrektywa klasyczna, jak i ustawa PZP, regulując tę instytucję uznają uprzywilejowaną pozycję zamawiającego, pod warunkiem, że dla udzielenia zamówienia z wolnej ręki spełnione zostaną określone przepisami ustawy PZP przesłanki. Skoro zatem, jak Izba uznała powyżej, Zamawiający wykazał spełnienie przesłanek udzielenia zamówienia w trybie określonym w art. 214 ust. 1 pkt 11 ustawy PZP, a więc działał w granicach i zgodnie z przepisami ustawy PZP, to nie sposób uznać, że takie zachowanie Zamawiającego mogłoby być zakwalifikowane jako nadużycie pozycji dominującej. Zdaniem Izby właśnie wprowadzenie przez ustawodawcę regulacji z art. 3 UOKiK służy zapobieganiu ww. sprzecznościom. W konsekwencji, zdaniem Izby nie doszło w okolicznościach omawianej sprawy do naruszenia przepisów UOKiK”*.

Udzielenie zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 11 ustawy Pzp stanowi jeden z ustawowych przypadków – wyjątków od zasady prymatu trybów konkurencyjnych. Brak jest po stronie Zamawiającego obowiązku wykazania, że planując udzielenie zamówienia w trybie zamówienia z wolnej ręki nie narusza zasad konkurencji. Obowiązku takiego nie nakładają na Zamawiającego również

przepisy unijne (wyrok KIO z dnia 21 kwietnia 2017 r., sygn. akt KIO 625/17, wyrok KIO z dnia 7 lutego 2017 r., sygn. akt KIO 96/17, wyrok SO w Warszawie z dnia 11 czerwca 2021 r., sygn. akt XXIII Zs 27/21). Obowiązkiem zamawiającego, mającego zamiar udzielenia zamówienia w niekonkurencyjnym trybie jest ustalenie, iż w danym przypadku istnieją przesłanki umożliwiające odstępnie od trybów konkurencyjnych. Zamawiający jest zobowiązany do badania ustawowych przesłanek uprawniających do odstąpienia od trybów konkurencyjnych, a nie analizowania i wykazywania innych okoliczności.

Na gruncie art. 214 ust. 1 pkt 11 ustawy Pzp ustawodawca nie odsyła do ogólnych przepisów, które zakładają udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wielu, konkurujących ze sobą podmiotów. Udzielenie zamówienia w trybie in-house, podobnie jak w innych przypadkach udzielania zamówień w trybie z wolnej ręki, jeżeli następuje na warunkach przewidzianych w PZP, dopuszczających stosowanie tego trybu, nie może być rozpatrywane jako ewentualnie naruszające konkurencję. Ochrona potencjalnych wykonawców zostaje zrealizowana poprzez obowiązek publikacji informacji o zamiarze udzielenia takich zamówień, co daje innym uczestnikom rynku możliwość weryfikacji poprawności postępowania zamawiającego i ewentualnego podniesienia odpowiednich środków ochrony prawnej.

Odwołujący nie wskazuje w odwołaniu na czym w jego ocenie polega nadużycie pozycji dominującej, które zarzuca Zamawiającemu. Z uzasadnienia odwołania można wywnioskować, że Odwołujący zdaje się natomiast twierdzić, że pomiędzy PUK „SANIKO” Sp. z o.o. a SANIKO BIS Sp. z o.o. doszło do ustalenia „sposobu podziału rynku z uwagi na osobę nabywcy” co stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, o którym mowa w art. 9 ust. 2 pkt 7 ustawy z dnia 16 lutego 2007r. o ochronie konkurencji i konsumentów. Twierdzenie to jest nieudowodnione a nadto tak skonstruowany zarzut nie ma związku z czynnością Zamawiającego, od której Odwołujący wniósł odwołanie.

Odwołujący nie wykazał naruszenia art. 214 ust. 7 ustawy Pzp poprzez wykazanie, że reorganizacja działalności PUK „SANIKO” Sp. z o.o. została przeprowadzona dla pozorów a jedynie upatruje „pozorności” reorganizacji w celu jej przeprowadzenia. Odwołujący nie kwestionuje faktu, że przeprowadzona została reorganizacja PUK „SANIKO” Sp. z o.o. jedynie zarzuca, że owa reorganizacja nastąpiła *„wyłącznie w celu wykazania, że podmiot ten spełnienia warunki wymaganego procentu działalności dotyczącej wykonywania zadań powierzonych jej przez Zamawiającego na potrzeby udzielenia zamówienia z wolnej ręki i ominięcia obowiązku przeprowadzenia postępowania w trybie przetargu nieograniczonego”*.,

co w ocenie Odwołującego świadczy o reorganizacji dla pozoru. Z tak postawionym zarzutem nie sposób się zgodzić. Cel przeprowadzenia reorganizacji wskazany przez Odwołującego jest celem dopuszczalnym i nie stanowi o pozorności reorganizacji. Zamawiający wskazuje na interpretację zamieszczoną na stronie internetowej urzędu zamówień publicznych: <https://www.uzp.gov.pl/nowe-pzp/interpretacje/nowe-pzp-w-pytaniach-i-odpowiedziach/czy-spełnienie-przesłanek-w-wyniku-celowo-dokonanej-reorganizacji-działalności-zamawiającego-lub-wykonawcy-uprawnia-do-udzielenia-zamówienia-in-house-2020-11-19>, w której wskazano, że: *„Pojęcie przeprowadzenia reorganizacji działalności dla pozoru nie zostało przez ustawodawcę zdefiniowane, należy zatem uznać, że działanie mające na celu dokonanie reorganizacji dla wykazania spełnienia przesłanki dotyczącej określonego procentu działalności, o którym mowa w art. 214 ust. 1 pkt 11 lit. b, pkt 12 lit. b, pkt 13 lit. b i pkt 14 lit. c ustawy Pzp jest dopuszczalne. Nie można bowiem uznać, iż każda reorganizacja dokonywana z myślą o możliwym udzielaniu zamówień in-house jest dokonana dla pozoru w rozumieniu art. 214 ust. 7 ustawy Pzp. Wobec powyższego, spełnienie przesłanek w wyniku celowo dokonanej trwałej reorganizacji działalności zamawiającego lub wykonawcy uprawnia do udzielenia zamówienia in-house w trybie z wolnej ręki”*.

Zamawiający jest zatem uprawniony do przeprowadzenia reorganizacji działalności osoby prawnej dla wykazania spełnienia przesłanki dotyczącej określonego procentu działalności, o którym mowa w art. 214 ust. 1 pkt 11 lit. b) w celu umożliwienia udzielenia tej osobie prawnej zamówienia in-house i przeprowadzona w tym celu reorganizacja nie stanowi o jej pozorności w rozumieniu art. 214 ust. 7 ustawy Pzp, co stanowi istotę zarzutu Odwołującego.

Za reorganizację pozorną, należy uznać taką reorganizację, która stwarza pozory wprowadzenia zmian, w celu wywołania u podmiotów zewnętrznych (odbiorcy zewnętrznego) przeświadczenia, że została ona przeprowadzona, ale w istocie nie modyfikuje sposobu zorganizowania osoby prawnej (tak KIO w wyroku z dnia 17 stycznia 2022r., sygn. akt KIO 3621/21). Taka sytuacja nie występuje w przedmiotowym stanie faktycznym. W wyniku przeprowadzonych w 2022 roku zmian w Przedsiębiorstwie Usług Komunalnych „SANiKO” Sp. z o. o. z siedzibą w Myszkowie nastąpiło wydzielenie ze struktur tej spółki komunalnej nowego podmiotu jakim jest spółka SANIKO BIS sp. z o.o. z siedzibą w Myszkowie. Wydzielenie doprowadziło do podziału majątku spółki PUK „SANiKO” Sp. z o.o. w wyniku czego na nowo powstałą spółkę przeszły m.in. nieruchomości, część pracowników spółki PUK „SANiKO” Sp. z o.o. w trybie art. 231 kodeksu pracy, ruchomości. Nowo powstała spółka została zarejestrowana w KRS w dniu 17

października 2022 roku. Po tej dacie spółka ta wystąpiła o stosowne zezwolenia i wpisy wymagane przepisami prawa dla prowadzenia części działalności wskazanej w rejestrze. Spółka ta otrzymała wpisy do działalności regulowanej w następujących datach:

- a) 26.10.2022 roku od Gminy Koziegłowy
- b) 27.10.2022 roku od Gminy Kamienica Polska
- c) 27.10.2022 roku od Gminy Myszków
- d) 28.10.2022 roku od Gminy Poraj
- e) 31.10.2022 roku od Gminy Żarki

Następnie spółka ta została zarejestrowana w Bazie Danych o Produktach i Opakowaniach oraz o Gospodarce Odpadami w dniu 7 listopada 2022 roku. Do czasu uzyskania wskazanych wyżej wpisów nowo powstała spółka prowadziła przejętą od PUK „SANiKO” Sp. z o.o. działalność w zakresie świadczenia usług pogrzebowych oraz sprzątnięcia klatek schodowych. Po uzyskaniu zaś wszystkich wymaganych wpisów dla działalności regulowanej rozpoczęła systematyczne przejmowanie wykonywania usług świadczonych dotychczas przez PUK „SANiKO” Sp. z o.o. na rzecz podmiotów innych niż Zamawiający-Gmina Myszków w trybie art. 531 kodeksu spółek handlowych. Proces ten był procesem rozciągniętym w czasie i działania te doprowadziły do trwałej zmiany zakresu i struktury przychodów jakie dotychczas osiągała PUK „SANiKO” Sp. z o.o.

Nowy podmiot SANIKO BIS Sp. z o.o. po zarejestrowaniu otworzył swoje własne księgi rachunkowe, przejął majątek mu powierzony, wystąpił i otrzymał stosowne wpisy i zezwolenia. Dokonał przejęcia usług świadczonych przez PUK „SANiKO” Sp. z o.o. na rzecz wszystkich innych podmiotów niż Gmina Myszków. Przejął pracowników w ramach art. 231 kodeksu pracy, zawarł nowe umowy o pracę i umowy zlecenia, zagospodarował przekazane mu mienie, zawarł umowy najmu z podmiotami trzecimi niebędącymi Wykonawcą. SANIKO BIS Sp. z o.o. generuje przychody i koszty, odprowadza daniny publicznoprawne a działalność nowego podmiotu ma odzwierciedlenie w publicznych rejestrach. Przeprowadzona reorganizacja PUK „SANiKO” Sp. z o.o. ma charakter rzeczywisty i trwały.

Fakt, że działalność nowego podmiotu w części pokrywa się z działalnością Wykonawcy nie może stanowić żadnego zarzutu wobec faktu, iż nowo powstała spółka świadczy usługi na rzecz podmiotów przejętych od Wykonawcy w tym samym zakresie. Nadto nowo powstały podmiot świadczy również inne usługi, których już nie wykonuje Wykonawca polegające na działalności związanej z usługami pogrzebowymi, tj. prowadzenie cmentarza komunalnego, domu pogrzebowego, pochówków oraz sprzątnięcia klatek schodowych.



Zamawiający uznaje zarzut naruszenia art. 214 ust. 1 pkt 11 lit. b) w zw. z ust. 6 oraz ust. 7 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w zw. z art. 9 ust. 2 ustawy z dnia 16 lutego 1997r. o ochronie konkurencji i konsumentów za bezzasadny.

Z przyczyn powyższych Zamawiający wnosił o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła co następuje:

Na podstawie dokumentacji postępowania przesłanej przez Zamawiającego Izba ustaliła, że Zamawiający w ogłoszeniu o zamiarze zawarcia umowy wskazał w „SEKCJI IV TRYB UDZIELENIA ZAMÓWIENIA 4.1.) Tryb udzielenia zamówienia/ wraz z podstawą prawną: Zamówienie udzielane jest w trybie zamówienia z wolnej ręki na podstawie: art. 214 ust. 1 pkt 11 ustawy

4.2.) Uzasadnienie faktyczne i prawne wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia albo zamówienia z wolnej ręki:

W dniu 10.08.2022r. w Kancelarii Notarialnej w Myszkowie Zgromadzenie wspólników Przedsiębiorstwa Usług Komunalnych. SANIKO Sp. z o.o. podjęło uchwały o podziale Spółki oraz o zamianie aktu założycielskiego Spółki. Wydzielenie nowej spółki SANIKO BIS Sp. z o.o. nastąpiło w dniu 17.10.2022r. z chwilą jej wpisu do rejestru KRS pod numerem 0000997324. Wszelka działalność komercyjna została przejęta przez spółkę nowo zawiązaną – SANIKO BIS Sp. z o.o. P.U.K. SANiKO Sp. z o.o. po podziale będzie w ponad 99% prowadzić działalność powierzoną jej przez Gminę Myszków polegającą na wykonywaniu zadań własnych gminy w granicach administracyjnych gminy Myszków w zakresie pozwalającym m. in. na odbieranie odpadów komunalnych od właścicieli zamieszkałych nieruchomości oraz na unieszkodliwianie odpadów komunalnych. Tym samym spełnione są warunki, o których mowa w art. 214 ust. 1 pkt 11 ustawy Pzp. Pozostałe informacje w Sekcji VI ogłoszenia”.

W SEKCJI VI INFORMACJE DODATKOWE ogłoszenia dodatkowo podano, że „W dniu 10 sierpnia 2022r. w Kancelarii Notarialnej notariusza K. G. w Myszkowie Zgromadzenie wspólników Przedsiębiorstwa Usług Komunalnych. SANIKO Sp. z o.o. podjęło uchwały o podziale Spółki oraz o zamianie aktu założycielskiego Spółki. Wydzielenie nowej spółki SANIKO BIS Sp. z o.o. nastąpiło w dniu 17.10.2022r. z chwilą jej wpisu do rejestru KRS pod numerem 0000997324. Na skutek dokonanego podziału Spółki wszelka działalność komercyjna dotycząca m. in. gospodarki odpadami dla odpadów pochodzących z terenu innych gmin niż gmina Myszków, a także odbiór z tzw. nieruchomości niezamieszkałych nieobjętych gminnym

systemem odbioru odpadów, został przejęty przez spółkę nowo zawiązaną – SANIKO BIS Sp. z o.o. Spółka ta przejmie również zarządzanie Cmentarzem Komunalnym i świadczenie usług pogrzebowych. P.U.K. „SANIKO” Sp. z o.o. jest wpisana do rejestru przedsiębiorców KRS pod numerem KRS 0000113756. Z informacji z rejestru KRS 0000113756 wynika, że Gmina Myszków jako jedyny wspólnik posiada wszystkie udziały w kapitale zakładowym ww. spółki (100%). Burmistrz Miasta Myszków jako organ wykonawczy gminy zgodnie z art. 12 ust. 4 ustawy z dnia 20 grudnia 1996r. o gospodarce komunalnej pełni funkcję Zgromadzenia Wspólników P.U.K. „SANIKO” Sp. z o.o. W odniesieniu do P.U.K. SANIKO Sp. z o.o. w Myszkowie wcześniej, tj. przed podziałem Spółki niespełniona była przesłanka z art. 214 ust. 1 pkt 11 b) ustawy Pzp, tj. warunek, by ponad 90% działalności kontrolowanej osoby prawnej dotyczyło wykonywania zadań powierzonych jej przez zamawiającego sprawującego kontrolę lub przez inną osobę prawną, nad którą ten zamawiający sprawuje kontrolę, o której mowa w art. 214 ust. 1 pkt 11 lit. a) ustawy Pzp. Dokonany podział ma zatem spowodować taką reorganizację działalności Spółki, która pozwoli na przeprowadzenie wiarygodnej prognozy handlowej i ustalenie, że działalność Spółki po reorganizacji będzie w ponad 90% działalnością realizowaną na rzecz Gminy Myszków. Efektem podziału ma być zatem dalsza specjalizacja Spółki, która skoncentruje się wyłącznie na działalności na rzecz Gminy Myszków i zaspokajaniu potrzeb mieszkańców Myszkowa. W tym celu dokonano w akcie założycielskim P.U.K. SANIKO Sp. z o.o. zmian zgodnie z którymi ta Spółka po podziale będzie w ponad 99% prowadzić działalność powierzoną jej przez Gminę Myszków polegającą na wykonywaniu zadań własnych gminy w granicach administracyjnych gminy Myszków w zakresie pozwalającym m. in. na odbieranie odpadów komunalnych od właścicieli zamieszkałych nieruchomości oraz na unieszkodliwianie odpadów komunalnych. Inna działalność, którą można będzie określić mianem działalności komercyjnej, będzie stanowić niespełna jeden procent jej działalności. Działalność ta będzie związana z najmem i dzierżawą części nieruchomości Spółki oraz posiadanego przez Spółkę sprzętu specjalistycznego na rzecz innych przedsiębiorców. Biorąc powyższe pod uwagę na potrzeby udzielania przedmiotowego zamówienia publicznego w trybie z wolnej ręki:

- spełnione są warunki, o których mowa w art. 214 ust. 1 pkt 11 lit. a) i c) ustawy Pzp poprzez uzyskanie efektów wynikających z działań Zamawiającego i Spółki,
- Zamawiający posiada wiarygodną prognozę handlową w formie dokumentu, z którego wynika jaki procent przychodów spółka będzie osiągać z wykonywania zadań powierzonych jej przez zamawiającego a jaki z pozostałej działalności,

- dokonana reorganizacja spółki P.U.K. SANIKO Sp. z o.o. umożliwiła Zamawiającemu-Gminie Myszków na zastosowanie art. 214 ust. 6 ustawy Pzp wraz z ustaleniem za pomocą ww. wiarygodnej prognozy handlowej spełnienia warunku, o którym mowa w art. 214 ust 1 pkt 11 lit. b) ustawy Pzp,

- Zamawiający w zaproszeniu do negocjacji dokonał zastrzeżenia dotyczącego obowiązku wykonania przez Wykonawcę kluczowych części zamówienia, tym samym nie dochodzi do sytuacji określonej w art. 214 ust. 9 ustawy Pzp”.

W SEKCJI V ZAWARCIE UMOWY „5.1.) Wykonawca, z którym Zamawiający zamierza zawrzeć umowę: 5.1.1) Nazwa (firma) wykonawcy, któremu Zamawiający zamierza udzielić zamówienia (w przypadku wykonawców ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia – dotyczy pełnomocnika, o którym mowa w art. 58 ust. 2 ustawy): Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych „SANIKO” Sp. z o.o.”. Zamawiający podał również nazwę ulicy siedziby firmy, nr budynku, kod pocztowy, miejscowość, województwo i kraj.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia oraz stanowiska Stron i Uczestnika postępowania, Izba uznała, że odwołanie w całości podlegało oddaleniu.

#### Zarzuty nr 1 i 2 odwołania.

Zgodnie z art. 214 ust. 1 pkt 11 ustawy Pzp, Zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki, jeżeli spełnione są łącznie następujące warunki:

- a) zamawiający sprawuje nad 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.

Zarzuty odwołania dotyczą jedynie spełnienia przesłanki określonej w punkcie b przywołanego przepisu.

Z art. 214 ust. 4 ustawy Pzp wynika, że istnienie okoliczności, o których mowa w ust. 1 pkt 11–14, jest wymagane przez cały okres, na jaki została zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego. Zamawiający zamieszcza w Biuletynie

Zamówień Publicznych ogłoszenie o spełnianiu okoliczności, o których mowa w ust. 1 pkt 11–14, w terminie 30 dni po upływie każdych 12 miesięcy od dnia zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, na zasadach określonych w dziale III rozdziale 2.

W ocenie Izby Odwołujący błędnie wywodzi z brzmienia przywołanych przepisów, iż obowiązek spełnienia przesłanek, w tym przesłanki określonej w punkcie b, wiązać należy z momentem opublikowania ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy. Dostrzeżenia wymaga, co podkreślił w odpowiedzi na odwołanie Zamawiający, że ogłoszenie takie może zostać opublikowane z dużym wyprzedzeniem przed datą wskazaną jako rozpoczęcie wykonywania na rzecz danego zamawiającego określonego świadczenia. Nic nie stoi na przeszkodzie, by ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy opublikować przykładowo na początku roku kalendarzowego, podczas gdy samo rozpoczęcie świadczenia planowane jest na koniec takiego roku. Ustawodawca w art. 216 ust. 2 ustawy Pzp posługuje się terminem granicznym, ale w odniesieniu do najkrótszego okresu od ogłoszenia do zawarcia umowy, który nie może być krótszy niż 14 dni. Natomiast przepis nie odnosi się do okresu początkowego. Oznacza to w ocenie Izby, iż wywody odwołania, że już w momencie zamieszczenia ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy muszą być spełnione przesłanki określone w art. 214 ustawy Pzp pozbawione są racjonalności. Tym samym data zamieszczenia ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy z punktu widzenia potwierdzenia spełnienia przesłanek określonych w przepisie jest dla tych przesłanek irrelevantna.

Odwołujący błędnie utożsamia w ocenie Izby treść art. 214 ust. 4 ustawy Pzp z obowiązkiem wykazania przesłanek w momencie zamieszczenia ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy. Przywołana regulacja po pierwsze wskazuje, że spełnianie przesłanek musi występować przez cały okres trwania umowy, co wcale nie oznacza konieczności postawienia znaku równości między momentem zamieszczenia ogłoszenia a momentem zawarcia umowy. Po drugie zaś cała pozostała treść przepisu odnosi się do elementu przyszłości, nakazując zamawiającym, by po upływie każdych 12 miesięcy od dnia zawarcia umowy zamieszczali w odpowiednim publikatorze ogłoszenie potwierdzające spełnienie przesłanek. Przepisy tym samym wskazują, że przesłanki muszą być spełnione podczas wykonywania umowy a nie w momencie zamieszczenia ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy.

Zdaniem Izby Odwołujący w zarzutach odwołania pomija okoliczność, że zamawiający może udzielić zamówienia in house także podmiotowi, który został

utworzony lub rozpoczyna działalność. Odwołujący nie wyjaśnił w jaki sposób wówczas ten podmiot miałby wykazać spełnienie przesłanki z art. 214 ust. 1 pkt 11b ustawy Pzp w momencie zamieszczenia ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy. Wnoszący odwołanie nie kwestionuje bowiem, że udzielenie zamówienia takiemu podmiotowi jest możliwe. Gdyby było tak, że już w momencie ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy podmiot musiałby spełnić przesłankę, 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, to zastosowanie trybu in house nigdy nie byłoby możliwe. Sam Odwołujący na rozprawie podkreślał, że w sytuacji, gdy 90% działalności polega na wykonywaniu zadań powierzonych, nie jest konieczne podpisywanie umowy, a zadania takie mogą być określone choćby w statucie danego podmiotu. Przykład ten obrazuje brak logiki w wywodach odwołania. Jeśli zamawiający kontroluje podmiot a ten wykonuje na jego rzecz 90% działalności, to korzystanie z trybu in house pozbawione jest racji bytu. Do takiej sytuacji zarzuty odwołania już się nie odnoszą.

W zarzucie nr 1 Odwołujący podnosi, iż Zamawiający nie podaje jaki obecnie procent działalność Saniko, obejmuje działalność komercyjną. Ponadto Odwołujący uważa, że samo odwołanie się do „wiarygodnej prognozy” w treści ogłoszenia, bez podania konkretnych i rzetelnych danych, obecnej struktury przychodów, uniemożliwia weryfikację prawidłowości decyzji podjętej przez Zamawiającego co do wyboru trybu postępowania. Izba podkreśla, że żaden z przepisów ustawy Pzp nie wymaga, aby w ogłoszeniu o zamiarze zawarcia umowy miały znajdować się informacje źródłowe, w oparciu o które sporządzono prognozę.

Z przepisów art. 214 ust. 5 i 6 ustawy Pzp wynika, w jaki sposób zamawiający mają obliczyć obliczenia procentu działalności, o którym mowa w ust. 1 pkt 11 lit. b. Przy wyliczeniach uwzględnia się średni przychód osiągnięty przez osobę prawną lub zamawiającego w odniesieniu do usług, dostaw lub robót budowlanych za 3 lata poprzedzające udzielenie zamówienia. W 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, ustala się za pomocą wiarygodnych prognoz handlowych. Regulacje te nie odnoszą się wcale do wykonywanej działalności komercyjnej, a wręcz odwrotnie, koncentrują się na pokazaniu przychodów nie związanych z działalnością komercyjną. Ponadto ustawodawca nie wymaga, by wyliczenia będące podstawą sporządzenia prognozy były częścią ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy.

Sam dokument prognozy w przedmiotowym postępowaniu może być powiązany z dokumentem będącym analizą potrzeb sporządzoną przez Zamawiającego w trybie art. 83 ustawy Pzp i wyliczeniem wartości zamówienia, których Odwołujący nie zakwestionował. Zarówno dane wynikające z prognozy oraz okoliczności związane z powstaniem wyliczeń znalazły się w treści ogłoszenia.

Nie można również pominąć okoliczności, że Zamawiający bazuje na wariantcie wyrażonym w art. 214 ust. 6 ustawy Pzp, czyli podaje, że dokonał reorganizacji działalności, stąd dane historyczne do stworzenia prognozy nie są adekwatne. Tymczasem Odwołujący w odwołaniu wywodzi, że choć nastąpiło „wydzielenie” nowego podmiotu (Saniko BiS), to podstawowy podmiot (PUK Saniko) nadal istnieje i dostępne są dane historyczne na temat jego przychodów.

Z takim podejściem Izba się nie zgadza. Nie ulega wątpliwości, że art. 214 ust. 6 ustawy Pzp odnosi się do przeprowadzonej przez zamawiającego reorganizacji działalności i proces ten wiąże z nieadekwatnością danych. Nawet gdyby przyjąć, że w sprawie nie mamy do czynienia z klasycznym podziałem opisanym przez przepisy kodeksu spółek handlowych a z wydzieleniem, przy którym spółka, z której wydzielono inny podmiot w dalszym ciągu istnieje a jej historia sprzed czynności podziału nie ulega jakiegokolwiek zmianie, podobnie jak dane ewidencyjne i księgowe zebrane i opracowane do dnia podziału, to w ocenie Izby ten proces czyni dane historyczne właśnie nieadekwatnymi. Tym bardziej, że owo „wydzielenie” polegało na transferze majątku, zobowiązań i wierzytelności na nowy tworzony podmiot. Tymczasem Odwołujący wymaga, by prognoza bazowała na danych, które w momencie tworzenia prognozy podmiotu, z którego wyodrębniono nową spółkę, już tego podmiotu nie dotyczą. Zdaniem Izby właśnie przez proces reorganizacji działalności konieczne jest posłużenie się stworzeniem wiarygodnej prognozy ekonomicznej.

W ocenie Izby ustawodawca w art. 214 ust. 6 ustawy Pzp przewidział co najmniej dwa warianty: pierwszy związany z dniem utworzenia lub rozpoczęcia działalności, gdzie dane do prognozy są niedostępne oraz wariant drugi, gdzie przez reorganizację działalności dane są nieadekwatne. Zamawiający w ogłoszeniu o zamiarze zawarcia umowy wyjaśnił, dlaczego do prognozy nie posłużono się danymi historycznymi, wskazując i opisując przeprowadzoną właśnie reorganizację działalności Przystępującego. Zamawiający podał także w ogłoszeniu, że po reorganizacji i zmianach aktu założycielskiego jaki procent działalności będzie wykonywany przez Saniko Sp. z o.o. na rzecz Zamawiającego. Sam podział zatem służy realizacji zamierzenia reorganizacyjnego dotyczącego działalności,

a polegającego na realizacji wyłącznie zadań publicznych na rzecz Gminy Myszków. Odwołujący zdaje się twierdzić, że Zamawiający powinien posłużyć się treścią art. 214 ust. 5 ustawy Pzp, czyli podmiot istnieje w momencie ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy i wykonywał 90 % swojej działalności na rzecz Zamawiającego, wówczas korzysta się z danych historycznych. Nie jest to jednak przypadek, z którym mamy do czynienia w przedmiotowym postępowaniu. Istotą problemu jest właśnie brak wykonywania działalności na rzecz Zamawiającego w wymaganej wielkości procentowej, stąd konieczne jest przeprowadzenie reorganizacji działalności. Izba nie znalazła podstaw prawnych, tak w prawie krajowym, jak również unijnym, z których wynikałoby, że skoro możliwe jest udzielenie zamówienia podmiotowi nowo tworzonemu, który nie ma doświadczenia w wykonywaniu zadań związanych z gospodarką komunalną, to dlaczego miałoby być niemożliwe udzielenie takiego zamówienia podmiotowi, który takie doświadczenie posiada, a przez dokonanie reorganizacji osiągnie próg 90%. Skoro struktura dochodów spółki Saniko ulegała zmianie na podstawie uprawnień właścicielskich, to w ocenie Izby czyniło dane historyczne odnoszące się do przychodów tej spółki nieadekwatnymi do sporządzenia prognozy ekonomicznej.

Zgromadzone dokumenty z postępowania o udzielenie zamówienia wykazują, że Zamawiający bazował przy wyliczaniu wartości za usługi, które będą wykonywane w przyszłości na kosztach własnych ponoszonych dotychczas za tego rodzaju świadczenia, przy przyjęciu współczynników, które mogą przełożyć się na wzrost cen za dane świadczenie. Natomiast w przypadku tzw. „działalności komercyjnej”, która będzie marginalnie wykonywana przez Saniko skorzystał z danych wynikających z aktualnie wystawianych faktur. W ocenie Izby sposób sporządzenia prognozy jest właściwy. Dodatkowo dostrzeżenia wymaga, iż Odwołujący nie negocjował merytorycznie wartości zawartych w prognozie, czy też metodologii jej sporządzenia, nie wskazywał, że wartości zostały zaniżone, zawyżone. Przepisy nie określają poziomu szczegółowości sporządzanej prognozy ani nie wprowadzają obowiązku opiniowania jej przez biegłego rewidenta, audytora, czy inny organ.

Izba nie podziela stanowiska odwołania, że *„zabieg przeprowadzony przez Zamawiającego jest próbą nadużycia obowiązujących regulacji na własne potrzeby i (...) zmierza do obejścia ustanowionych przez prawodawcę norm. Należy go również uznać za sprzeczny z aprobowanymi zasadami współżycia społecznego, albowiem otwarcie zmierza do nieuprawnionego ograniczania konkurencji (...)”*. Odwołujący zdaje się wywodzić tezę, że przeprowadzona reorganizacja nie mogła doprowadzić do udzielenia zamówienia Przystępującemu.

Ustawodawca w przepisach odnoszących się do zamówień typu in house nie wprowadził dodatkowych regulacji wyjaśniających zakres pojęciowy procesu reorganizacji. Warto także podkreślić, że posłużono się sformułowaniem „reorganizacja działalności”, co w ocenie Izby jest pojęciem szerszym niż samo słowo „reorganizacja”. Izba podziela twierdzenia Przystępującego, że w przedmiotowym postępowaniu reorganizacja polegała na zmianie profilu jego działalności, przy czym ta zmiana profilu miała charakter podmiotowo- przedmiotowy. Określony podmiot będzie bowiem wykonywał wskazane usługi na rzecz tylko jednego zamawiającego.

### Zarzuty nr 3 -5

Niewątpliwie, to na zamawiającym spoczywa obowiązek dopełnienia formalności związanych z zamieszczeniem ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy o treści wymaganej przepisami ustawy Pzp i aktami wykonawczymi do ustawy. Ogłoszenie to powinno zawierać między innymi krótki opis przedmiotu zamówienia, podanie trybu udzielenia zamówienia, w tym wskazanie podstawy prawnej, a także podanie uzasadnienia faktycznego i prawnego wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki. W tym ostatnim punkcie zamawiający zobowiązany jest zamieścić taką treść, która potwierdzać będzie istnienie przesłanek do zastosowania trybu z wolnej ręki. Ma to na celu umożliwienie innym podmiotom dokonania oceny, czy wymagane przepisami ustawy Pzp przesłanki zostały spełnione. W trybach „niekonkurencyjnych” bowiem to właśnie treść ogłoszenia decyduje choćby, czy istnieją podstawy do korzystania ze środków ochrony prawnej. Ogłoszenie takie jest pierwszym źródłem podstawowych informacji związanych z zastosowaniem trybu.

W ogłoszeniu należy także podać nazwę wykonawcy, któremu zamawiający zamierza udzielić zamówienia.

Dostrzeżenia jednakże wymaga, iż umieszczenie ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy w publikatorze - Biuletynie Zamówień Publicznych, wiąże się z obowiązkiem przestrzegania zasad dla danego publikatora. Jednym z ograniczeń występujących w oficjalnych publikatorach, w których zamieszczane są ogłoszenia jest właśnie liczba znaków do wykorzystania w danej sekcji. Jak podał Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, w Sekcji IV ogłoszenia związanej z wybranym trybem, skorzystał on z maksymalnej liczby znaków dopuszczonej w publikatorze i jednocześnie zaznaczył, że dodatkowe informacje zamieszczone będą w Sekcji VI – Informacje dodatkowe. Również przy wypełnianiu tej sekcji Zamawiający wykorzystał dostępną liczbę znaków.

Zdaniem Izby uzasadnienie przedstawione przez Zamawiającego wyczerpuje przesłankę podania uzasadnienia prawnego i faktycznego dla wyboru trybu z wolnej



ręki. Wzory ogłoszeń nie przewidują możliwości dołączenia do ogłoszenia załączników, a więc Zamawiający przekazał tyle informacji bazowych z prognozy, na ile pozwalał mu formularz. Podano informacje o przekształceniach, które miały miejsce w spółce Saniko oraz informacje o utworzeniu nowej spółki, która przejąć ma działalność komercyjną. Następnie wskazano, że 99% działalności spółki Saniko polegało będzie na wykonywaniu zadań własnych powierzonych przez gminę, co czytać należy w powiązaniu z opisem przedmiotu zamówienia, który te zadania wymienia. W sekcji VI - Informacje dodatkowe, opisano strukturę właścicielską, kontrolę sprawowaną przez gminę nad spółką, podano dlaczego konieczna była reorganizacja działalności spółki i jakie działania w tym zakresie podjęto. Co do zarzutów związanych z brakiem podania z jakiej daty pochodzi owa prognoza oraz na jaki dzień została wykonana, jakie konkretnie uwzględnia przychody, z jakich tytułów, w jakich kwotach i co daje podstawę twierdzenia, że taka właśnie będzie ich struktura, a także przede wszystkim kto jest jej autorem, to prognoza jest odrębnym dokumentem od samego ogłoszenia. Z przepisów nie wynika, że wszystkie te dane wymienione w odwołaniu powinny znaleźć się także w treści ogłoszenia. Przepis ustawy Pzp wskazuje na konieczność wiarygodności prognozy, a tej Odwołujący merytorycznie nie kwestionował. Dla Izby autor prognozy i przyjęta metodologia wykonania prognozy w odniesieniu do treści ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy jest rzeczą wtórną. Elementy te nie są dla wiarygodności samej prognozy najważniejsze z punktu widzenia zakresu ogłoszenia.

Izba uważa, że wszystkie istotne dla wyboru trybu udzielenia zamówienia okoliczności potwierdzające spełniania przesłanek określonych w art. 214 ust. 1 pkt 11 w zw. z art. 214 ust. 6 ustawy Pzp, zostały przywołane w treści ogłoszenia o zawarciu umowy.

Izba w pełni podziela stanowisko przedstawione w odpowiedzi na odwołanie odnośnie do zarzutów związanych z brakiem w ogłoszeniu informacji o wartości zamówienia, a także informacji jeżeli wykonawca prowadzi działalność gospodarczą - krajowy numer identyfikacyjny (w przypadku polskich wykonawców - numer REGON lub NIP). Celnie Zamawiający podkreślił, że podanie wartości zamówienia nie jest elementem obowiązkowym formularza. Jeżeli Odwołujący chciał poznać powyższe dane, mógł do Zamawiającego wystąpić o dodatkowe dokumenty. W przypadku danych identyfikacyjnych (REGON, NIP), to nie są one wymagane w Sekcji V – zawarcie umowy. Poza tym, nawet gdyby były wymagane, a Zamawiający je pominął (celowo lub w sposób niezamierzony), to zamieszczone zostały dane, które niepodważalnie pozwoliły Odwołującemu zidentyfikować podmiot, któremu Zamawiający zamierza udzielić zamówienia. Dodatkowo Zamawiający podał

w ogłoszeniu nr KRS, który pozwala na pełną identyfikację podmiotu i jest numerem niepowtarzalnym danego przedsiębiorcy. Izba przychyliła się także do stanowiska Przystępującego, że nawet gdyby uznać brak tych danych za błędy ogłoszenia, to powyższe pozostaje bez wpływu na wynik postępowania odwoławczego, a tym samym nie stanowi podstawy do uwzględnienia odwołania.

#### Zarzut nr 6

Zdaniem Odwołującego przeprowadzona przez Zamawiającego reorganizacja była czynnością pozorną, a sam Zamawiający nadużywa pozycji dominującej na rynku, jego działania prowadzą do zaburzenia konkurencji na rynku właściwym.

Z tak postawionym zarzutem Izba się nie zgadza. Ani w odwołaniu, ani na rozprawie Odwołujący nie wykazał pozorności czynności prawnej.

Nie ulega wątpliwości, że Saniko Sp. z o.o. jest spółką komunalną, wobec której Zamawiającemu przysługują uprawnienia właścicielskie wynikające z ustawy o gospodarce komunalnej oraz ustawy o samorządzie gminny. Uprawnione są twierdzenia, że celem działalności spółki komunalnej nie jest działalność zarobkowa, ale zaspokajanie potrzeb publicznych. Nie może być uznane za nadużywanie pozycji dominującej wykonywanie uprawnień właścicielskich przysługujących Zamawiającemu. Jak wynika z art. 3 UOKiK przepisów UOKiK nie stosuje się do ograniczeń konkurencji dopuszczonych na podstawie odrębnych ustaw. Izba podziela stanowisko wyrażone w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 listopada 2021 roku, sygn. akt KIO 3096/21, że *„Zdaniem Izby, przewidziana w art. 214 ust. 1 pkt 11 ustawy Pzp możliwość udzielenia zamówienia z wolnej ręki zalicza się właśnie do ustawowych wyjątków dopuszczających ograniczenie konkurencji. Zdaniem Izby, gdyby uznać argumentację Odwołującego za zasadną, prowadziłoby to do sytuacji, w której skorzystanie przez zamawiającego z ustawowego prawa do udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki stanowiłoby naruszenie przepisów o UOKiK o nadużyciu pozycji dominującej przez zamawiającego. Tymczasem zarówno dyrektywa klasyczna, jak i ustawa Pzp, regulując tę instytucję uznają uprzywilejowaną pozycję zamawiającego, pod warunkiem, że dla udzielenia zamówienia z wolnej ręki spełnione zostaną określone przepisami ustawy Pzp przesłanki”*.

W odniesieniu do pozorności samej czynności reorganizacji, to w ocenie Izby Odwołujący nie przedłożył wiarygodnych dowodów na poparcie powyższej tezy. Przedstawiony przez Odwołującego materiał dowodowy w postaci uzyskanych odpowiedzi na pytania o cechy majątkowo – osobowe spółek Saniko Sp. z o.o. oraz Saniko BIS Sp. z o.o. prowadzi raczej do odwrotnych wniosków. Z pism wynika, że

obie spółki dysponują odrębnym majątkiem, posiadają własny sprzęt oraz pracowników (w różnej liczbie), odrębne księgi, numery KRS. Odwołujący pomija również, że spółka, z której dokonano wydzielenia, przygotowywała się od pewnego czasu do tych zmian, dokonała analizy rynkowej, stworzyła plan podziału, przeprowadziła określone czynności zastrzeżone dla Zgromadzenia Wspólników, podpisała odpowiednie umowy, zawiadomiła kontrahentów o zmianie profilu działalności, wypowiedziała dotychczasowe umowy. Świadczy o tym treść dokumentów przywołanych i załączonych do odpowiedzi na odwołanie oraz stanowiska pisemnego Przystępującego. O pozorności czynności prawnej moglibyśmy mówić, gdyby czynności te były czynione tylko by w odbiorcy zewnętrznym wywołać mylne wyobrażenie, a w istocie nie doszłoby do żadnych rzeczywistych zmian w strukturze podmiotu. Z taką sytuacją nie mamy w sprawie do czynienia. Spółka zakończyła wykonywanie zadań na rzecz gmin ościennych i obecnie jedynymi świadczeniami w jej profilu pozostają czynności wykonywane na rzecz Zamawiającego. Izba nie podziela zapatrywać Odwołującego, by mówić o reorganizacji musi dojść do zmian przedmiotowych w profilu działania przedsiębiorstwa. Równie dobrze taka zmiana może w ocenie Izby polegać na ograniczeniu terytorialnym i podmiotowym, związanym z wykonywaniem zadań, które zostały spółce powierzone przez organ założycielski.

O pozorności czynności prawnej nie świadczy fakt, że obie spółki wykonują podobny przedmiot działalności. Nie jest to zabronione przez przepisy prawa. Każda ze spółek ma także w zakresie działalności świadczenia, których ta druga nie wykonuje. Mamy więc do czynienia ze swoistego rodzaju specjalizacją każdego z podmiotów, przy czym jeden z nich w przeważającej mierze wykonuje działalność na rzecz Zamawiającego, a drugi działa na rynku konkurencyjnym. Odwołujący nie wskazał przepisów, które uniemożliwiałyby prowadzenie gospodarki w zakresie zadań użyteczności publicznej właśnie w ten sposób.

Na reorganizację można również spojrzeć z perspektywy zmiany przepływów finansowych w danej spółce. Wszystkie dokonane zmiany doprowadziły do zmiany podstawowego źródła przychodów dla Przystępującego, jakim obecnie będzie wykonywanie świadczeń na rzecz Zamawiającego.

Reasumując, Izba uznała, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie, a w działaniach Zamawiającego nie dopatrzyła się naruszenia zasad wynikających z ustawy Pzp.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie na podstawie art. 574 oraz art. 575 ustawy Pzp, a także w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 8 ust. 1 i ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020r., poz. 2437 ze zmianami), orzekając w tym zakresie o obciążeniu kosztami postępowania stronę przegrywającą, czyli Odwołującego.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....