

WYROK
z dnia 18 lipca 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Matecka
Anna Kurowska
Rafał Malinowski
Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 11 lipca 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 czerwca 2022 r. przez odwołującego: wykonawcę Przedsiębiorstwo Usługowo-Produkcyjne i Handlowe „COM-D” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Jaworze w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Gminę Wojcieszów w imieniu i na rzecz Gmin: Gminy Wojcieszów, Gminy Czarny Bór, Gminy Miejskiej Kamienna Góra, Gminy Kamienna Góra, Gminy Męcinka, Gminy Pielgrzymka, Gminy Stare Bogaczowice, Gminy Świerzawa, Gminy Lubawka, Gminy Mieroszów

przy udziale wykonawcy Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej „SANIKOM” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Lubawce zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego i
 - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2 zasądza od odwołującego na rzecz zamawiającego kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez zamawiającego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129, ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 1628/22

Uzasadnienie

Zamawiający Gmina Wojcieszów prowadzi w imieniu i na rzecz Gmin: Gminy Wojcieszów, Gminy Czarny Bór, Gminy Miejskiej Kamienna Góra, Gminy Kamienna Góra, Gminy Męcinka, Gminy Pielgrzymka, Gminy Stare Bogaczowice, Gminy Świerzawa, Gminy Lubawka, Gminy Mieroszów, w trybie zamówienia z wolnej ręki, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na odbiór odpadów komunalnych zebranych z nieruchomości zamieszkałych oraz częściowo zamieszkałych i niezamieszkałych z terenu Gmin: Gminy Wojcieszów, Gminy Czarny Bór, Gminy Miejskiej Kamienna Góra, Gminy Kamienna Góra, Gminy Męcinka, Gminy Pielgrzymka, Gminy Stare Bogaczowice, Gminy Świerzawa, Gminy Lubawka, Gminy Mieroszów. Ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy zostało opublikowane w dniu 10 czerwca 2022 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr 2022/BZP 00203126/01.

W dniu 20 czerwca 2022 r. wykonawca Przedsiębiorstwo Usługowo-Produkcyjne i Handlowe „COM-D” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Jaworze wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec:

I. niezgodnej z przepisami ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129, ze zm.), dalej jako „ustawa Pzp” czynności Zamawiającego polegającej na wszczęciu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie z wolnej ręki w sprawie zamówienia publicznego „Odbiór odpadów komunalnych zmieszanych oraz selektywnie zebranych z nieruchomości zamieszkałych oraz nieruchomości częściowo zamieszkałych i niezamieszkałych z terenu Gminy Wojcieszów, Gminy Czarny Bór, Gminy Miejskiej Kamienna Góra, Gminy Kamienna Góra, Gminy Męcinka, Gminy Pielgrzymka, Gminy Stare Bogaczowice, Gminy Świerzawa, Gminy Lubawka, Gminy Mieroszów”, numer referencyjny: GO.271.15.2022 (dalej też: Postępowanie), w sytuacji kiedy zamawiający nie wykazał spełnienia przesłanek, które upoważniają go do wszczęcia postępowania w tym trybie, wobec faktu, że:

1) Zamawiający nie wykazał zaistnienia przestanki określonej w lit. b) i c) art. 214 ust. 1 pkt 13) ustawy Pzp tj. w ogłoszeniu w ogóle pominął te przesłanki i nie wykazał, że zostały one spełnione, a nadto nie wykazał, że ponad 90% działalności kontrolowanej osoby prawnej - Spółki Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Sanikom sp. z o.o. (dalej także jako: „Spółka”, „Sanikom” lub „przystępujący”) dotyczy wykonywania zadań powierzonych jej przez Zamawiających, sprawujących nad nią kontrolę lub przez inne osoby prawne kontrolowane

przez tych zamawiających; nawet w dokumencie na stronie BIP zamawiającego Gmina Wojcieszów o nazwie uzasadnienie wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki (nie spełniającym wymogu dokumentu postępowania, o czym niżej) nie wykazano żadnych danych finansowych, na podstawie których można byłoby stwierdzić, jakie rodzaje usług zamawiający wliczał do kwot zamówień wykonanych na rzecz podmiotów powierzających, a co zakwalifikował jako przychody komercyjne, wobec braku przedstawienia konkretnych weryfikowalnych zestawień rodzajów działalności, z przypisanymi do nich przychodami, ani odniesień do danych, wynikających z publicznie dostępnych dokumentów, co pozwoliłoby zweryfikować prawidłowość wyliczeń, co jest istotne zwłaszcza wobec wskazanego w dokumencie na stronie BIP zamawiającego Gmina wskaźnika na poziomie 90,67%, a zatem na poziomie błędu. W uzasadnieniu wyboru trybu udzielenia zamówienia z wolnej ręki wskazano jedynie, że przy wyliczeniu wskaźnika działalności publicznej dla Spółki Sanikom ujęto przychody ze sprzedaży z poszczególnych rodzajów działalności Spółki m.in. na podstawie danych z ewidencji księgowej i sprawozdań finansowych Spółki z lat ubiegłych, z uwzględnieniem zmiany struktury właścicielskiej oraz zmian wynikłych z sukcesem przeprowadzonej reorganizacji. Brak enumeratywnego wskazania źródeł (na co wskazuje określenie „m.in.”) uniemożliwia weryfikację pochodzenia danych, na podstawie których wyliczony został wskaźnik działalności publicznej spółki.

Ponadto w regulaminie świadczenia usług publicznych przez Spółkę (zał. do uchwały nr 15 z dnia 25.06.2018 r ZZW) rozdział II Zakres świadczenia usług publicznych § 5 został wskazany zakres usług publicznych jako przyjmowanie, wytwarzanie, magazynowanie, gospodarcze wykorzystanie i sprzedaż odpadów, co obowiązuje, zgodnie z odwołaniem do §1 ust. 6 w okresie od 27.11.2012 do 31.12.2041 r, co jest zgodne z postanowieniami umowy spółki §7 ust. 4 i 5 - z żadnego dokumentu postępowania nie wynika tymczasem, aby było to uwzględnione przy obliczeniu wskaźnika.

Dodatkowo analiza ogólnodostępnych informacji (w tym dokumentów przetargowych Spółki z poprzednich lat 2019-2021) jasno wskazuje na m.in. stosowanie przez Spółkę instytucji podwykonawstwa w zakresie realizacji zadań realizowanych na rzecz podmiotów powierzających, co już falsyfikuje prawidłowość przyjętych przychodów, a znikąd nie wynika, aby zostało uwzględnione przy ich wielkości i prezentacji;

2. Zamawiający wszczął postępowanie pomimo — jak wynika z dokumentów nie będących dokumentami postępowania - braku posiadania wszystkich niezbędnych danych i dokumentów do sporządzenia zestawienia przychodów i tym samym obliczenia procentowego udziału zadań powierzonych Spółce przez zamawiających, sprawujących nad nią kontrolę lub przez inne osoby prawne kontrolowane przez tych zamawiających, co było zalecane w analizie potrzeb i wymagań, znajdującej się na stronach BIP niektórych (5) gmin zamawiających np.

zamieszczony na stronie BIP Gminy Wojcieszów w zakładce gospodarka odpadami dokument nr 5e do SWZ analiza_potrzeb_wojcieszów1.

W żadnym dokumencie nie ma mowy o weryfikacji przed wszczęciem postępowania rekompensaty otrzymanej przez Spółkę za rok 2021 r., która to rekompensata znacząco wpływa na wyniki finansowe Spółki, a zgodnie z Regulaminem świadczenia usług publicznych w PGK Sanikom sp. z o.o. weryfikacja taka następuje do końca września każdego roku i organem uprawnionym do takiej weryfikacji jest Zgromadzenie Wspólników - §15 ust. 7 i 8; wobec zatem braku tej weryfikacji ustalenie przychodu za 2021 r. zaprezentowane w uzasadnieniu wyboru trybu postępowania z wolnej ręki (nie spełniającym zresztą wymogów dokumentu postępowania - o czym niżej) nie jest ostateczne i może być w rzeczywistości inne, a tym samym nie można przyjąć wykazania wskaźnika ponad 90% wymaganego art. 214 ust. 1 pkt 13 lit b) ustawy Pzp; jak wskazano wyżej;

II. niezgodnej z przepisami ustawy Pzp czynności Zamawiającego polegającej na ogłoszeniu o zamiarze zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego na: Odbiór odpadów komunalnych zebranych z nieruchom. zam. oraz częśc. zam. i niezam. z terenu gm: Wojcieszów, Czarny Bór, m. Kam. Góra, Kam. Góra, Męcinka, Pielgrzymka, St. Bogaczowice, Świerzawa, Lubawka, Mieroszów, w sposób nieuzasadniony w związku z brakiem podstaw do udzielenia zamówienia z wolnej ręki oraz z naruszeniem wymogów ustawowych, przewidzianych w art. 214 ust. 1 pkt 13) ustawy Pzp - w zakresie wskazanym i uzasadnionym przy omówieniu zarzutu nr. I odwołania;

III. niezgodnej z przepisami ustawy Pzp czynności Zamawiającego polegającej na braku uzasadnienia prawnego i faktycznego wyboru trybu udzielenia zamówienia publicznego, gdyż:

1. po pierwsze w ogłoszeniu o zamiarze zawarcia umowy w trybie z wolnej ręki brak jest wymaganego w sekcji IV pkt 4.2 uzasadnienia faktycznego i prawnego wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia albo zamówienia z wolnej ręki - poprzez wskazanie jedynie przez Zamawiającego, że zamówienie jest udzielane w trybie art. 214 ust. 1 pkt 13 ustawy Pzp bez podania przesłanek zawartych w tym przepisie oraz oświadczenie, że zamawiający spełnia jedynie jedną z trzech przesłanek wymaganych przepisem art. 214 ust. 1 pkt 13 ustawy Pzp tj. sprawuje nad Spółką kontrolę analogiczną jak wskazana w ww. przepisie oraz, że Spółka jest w stanie samodzielnie zrealizować przedmiot zamówienia, co oznacza, że zamawiający nie uzasadnił w ogóle w obowiązkowym w ogłoszeniu uzasadnieniu wyboru trybu wszystkich, łącznych przesłanek zastosowania trybu z art. 214 ust. 1 pkt 13), a wymienił tylko jedną przesłankę — dotyczącą kontroli zamawiającego nad Spółką i na niej się skupił co nie

wyczerpuje spełnienia ustawowego obowiązku i w szczególności nie daje podstaw do stwierdzenia, że przesłanki zostały spełnione, wręcz odwrotnie świadczy o niewykazaniu spełnienia przesłanek z art. 214 ust 1 pkt 13 ustawy Pzp,

2. po drugie poprzez nieuprawnione odesłanie „do pełnej treści uzasadnienia” na stronę Gminy Wojcieszów <https://gminawojcieszow.bipgmina.pl/>, na której nie znajduje się żaden dokument dotyczący prowadzonego postępowania poprzez publikację na stronie postępowania osobnego dokumentu, o nazwie:

„Uzasadnienie_wyboru_trybu_udzielenia_zamowienia_z_wolnej_reki”, który to dokument nie spełnia definicji dokumentu zamówienia, o którym mowa w art. 7 p. 3) ustawy Pzp i nie stanowi dokumentu zamówienia, gdyż:

- jego treść jest ogólna, nie określa postępowania, którego dotyczy, ani nie określa Zamawiających, których dotyczy, w szczególności biorąc pod uwagę, że Spółka ma 25 wspólników (podmiotów JST) i nie jest wiadome, co autor dokumentu ma na myśli, posługując się poszczególnymi określeniami, a analiza mogła być sporządzona do jakiegokolwiek postępowania prowadzonego przez jakiegokolwiek zamawiającego,
- nie jest opatrzony datą ani żadnymi podpisem, nie wiadomo od kogo dokument pochodzi, kto go sporządził, na zlecenie jakiego podmiotu został wykonany, brak również podania autora analizy - podczas gdy dokumentem zamówienia jest dokument sporządzony przez zamawiającego lub dokument, do którego zamawiający odwołuje się, a w tym konkretnym przypadku dokument ten nie został wskazany z nazwy i miejsca położenia, ponieważ zamawiający nie odsyła do strony postępowania, a jedynie do ogólnej strony gminy, a po drugie nie podaje nazwy konkretnego dokumentu;

IV. niezgodnej z przepisami ustawy Pzp czynności Zamawiającego polegającej na przyjęciu w ww. „dokumencie” wskazanym w zarzucie nr III o nazwie: uzasadnienie wyboru trybu udzielenia zamówienia z wolnej ręki błędnej metody wyliczenia wskaźnika progu ponad 90% działalności kontrolowanej przez podmioty powierzające poprzez przyjęcie danych (w dodatku niepełnych) dotyczących średniego przychodu za 3 lata poprzedzające udzielenie zamówienia (analiza historyczna), podczas gdy są one z uwagi na przeprowadzoną reorganizację Spółki nieadekwatne i zamawiający zobowiązany był w związku z tym do sporządzenia wiarygodnych prognoz handlowych; fakt reorganizacji wynika zarówno z dokumentów Spółki jak i został wskazany w „uzasadnieniu wyboru trybu udzielenia zamówienia z wolnej ręki”;

V. niezgodnej z przepisami ustawy Pzp czynności - zaniechania Zamawiającego polegającej na:

1. braku sporządzenia analizy dla Zamawiającego wspólnego, którym w przypadku niniejszego postępowania jest 10 podmiotów wskazanych w ogłoszeniu (Gmina Wojcieszów, Gmina Czarny Bór, Gmina Miejska Kamienna Góra, Gmina Kamienna Góra, Gmina Męcinka, Gmina Pielgrzymka, Gmina Stare Bogaczowice, Gmina Świerzawa, Gmina Lubawka, Gmina Mieroszów) oraz zaproszeniu do negocjacji w trybie z wolnej ręki,

Analizy takiej brak w dokumentach zamówienia na stronie postępowania, a na stronach BIP mają wyłącznie 5 gmin spośród 10 zamawiających, w tym Gmina Wojcieszów, każda z gmin wskazana jako pojedynczy zamawiający, gdzie wszystkie dane dotyczą wyłącznie danego zamawiającego (przetargi, planowane ilości, kwota zamówienia), a analizy te zostały zamieszczone na BIP wyłącznie 5 gmin z 10, tj. Gminy Wojcieszów, Gminy Świerzawa, Gminy Mieroszów, Gminy Stare Bogaczowice i Gminy Lubawka) już po terminie ogłoszenia o wszczęciu postępowania na stronach tychże gmin.

Gminy w zamieszczonych analizach zostały wskazane każda z osobna jako Zamawiający pojedynczy, realizujący postępowanie o nazwie: „Odbiór i transport do Instalacji przetwarzania odpadów komunalnych SANIKOM odpadów komunalnych niesegregowanych (zmieszanych) i selektywnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych oraz nieruchomości w części zamieszkałych i w części nieruchomości niezamieszkałych z terenu Zamawiającego w okresie od 01 lipca 2022 r. do 30 czerwca 2026 r.”, co oznacza, że analizy te dotyczą innych postępowań, niż objęte ogłoszeniem, gdyż tak dla Gminy Wojcieszów (jak i analogicznie dla pozostałych 4 gmin) dot. Postępowania, którego przedmiotem zgodnie z nazwą jest: „Odbiór i transport do Instalacji przetwarzania odpadów komunalnych SANIKOM odpadów komunalnych niesegregowanych (zmieszanych) i selektywnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych oraz nieruchomości w części zamieszkałych i w części nieruchomości niezamieszkałych z terenu Zamawiającego w okresie od 01 lipca 2022 r. do 30 czerwca 2026 r.”, gdzie zamawiającym wskazanym jest wyłącznie Gmina Wojcieszów (lub jedna z pozostałych wymienionych 4 gmin), przy czym wskazania wymaga, że przedmiot niniejszego postępowania nie pokrywa się z tym wskazanym w analizie, gdyż:

- nie dotyczy obszaru 10 gmin tylko jednej gminy
- dotyczy odbioru i transportu, a nie odbioru
- dotyczy odpadów komunalnych niesegregowanych (zmieszanych) i selektywnych, podczas gdy w ogłoszeniu o zamiarze zawarcia umowy wskazano, że przedmiotem postępowania jest wyłącznie odbiór odpadów komunalnych;

2. braku sporządzenia analizy dla niniejszego postępowania — z uwagi na okoliczności jak w p. 1.

Z ostrożności procesowej w przypadku nieuwzględnienia zarzutu w pkt V:

VI. niezgodnej z przepisami ustawy Pzp czynności Zamawiającego polegającej na sporządzeniu analizy wymagań i potrzeb zamawiającego wymaganej ustawą Pzp przed wszczęciem procedury w sposób wadliwy — zarzut dotyczy wszystkich 5 dokumentów o nazwie: Analiza potrzeb i wymagań Zamawiającego, z których każda dotyczy wyłącznie jednego podmiotu (danej gminy) i zamieszczonych na poszczególnych stronach pojedynczych zamawiających tj. Gminy Wojcieszów, Gminy Świerzawa, Gminy Mieroszów, Gminy Stare Bogaczowice i Gminy Lubawka poprzez:

1. sporządzenie analizy osobno, pojedynczo dla niektórych tylko zamawiających, będących stronami niniejszego postępowania, określając, że analiza jest realizowana dla jednego zamawiającego — danej gminy, przy czym na stronie Zamawiającego prowadzącego, nie będącej stroną postępowania (w zakładce gospodarka odpadami) opublikowano wyłącznie analizę potrzeb i wymagań wyłącznie dla jednego z Zamawiających czyli Gminy Wojcieszów w sytuacji, kiedy postępowanie prowadzone jest dla 10 zamawiających, co w konsekwencji może prowadzić do błędnych wniosków rozszerzonych na wszystkich zamawiających, ponieważ wśród zamawiających są gminy o różnym charakterze tj. gminy miejskie, gminy wiejskie, gminy miejsko-wiejskie posiadające swoją specyfikę i wymagania, które różnią się, co powinno zostać uwzględnione w analizie, która miała być przygotowana dla tego konkretnego postępowania; a analizy te są identyczne poza trzema tabelami (zawierającymi dane o ilości odpadów, o szacunkowych kwotach, o przykładowych przetargach),

2. niewskazaniu w żadnej z 5 analiz orientacyjnej wartości zamówienia dla przedmiotowego postępowania, a określonej i wskazanej w ogłoszeniu jako kwota 30021631,26 PLN, z uwagi na fakt, że przygotowane analizy opublikowane w momencie wszczęcia postępowania dotyczą po pierwsze innego zakresu przedmiotowego — innego postępowania o nazwie: „Odbiór i transport do Instalacji przetwarzania odpadów komunalnych SANIKOM odpadów komunalnych niesegregowanych (zmieszanych) i selektywnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych oraz nieruchomości w części zamieszkałych i w części nieruchomości niezamieszkałych z terenu Zamawiającego w okresie od 01 lipca 2022 r. do 30 czerwca 2026 r. oraz dotyczą wyłącznie pojedynczych 5 gmin, w tym Zamawiającego prowadzącego, podczas gdy analiza powinna być wykonana dla każdego podmiotu wchodzącego w skład zamawiających wspólnie, łącznie i uwzględniać wszystkie wymagane art. 83 ustawy Pzp aspekty w kontekście wszystkich wspólnie zamawiających;

3. sporządzenie analiz w oparciu o błędną metodę wyliczenia wskaźnika procentowego poprzez zastosowanie danych historycznych, podczas gdy w wyniku reorganizacji są one nieadekwatne i powinny zostać zastąpione prognozą handlową;

4. przyjęcie w pojedynczych analizach błędnego założenia, że procedura in-house jest korzystniejsza dla zamawiających, ponieważ Spółka świadczy usługi dla wspólników Spółki za cenę określoną w akcie założycielskim, przy czym jest to uchwalane w uchwałach zgromadzenia wspólników, a ponadto w dokumentach postępowania Spółka zawsze zastrzega, iż ceny jednostkowe netto (stawki) nie pokrywają planowanych, uzasadnionych kosztów Spółki i będą korygowane po pierwszym okresie rozliczeniowym, celem pokrycia wszelkich uzasadnionych kosztów Spółki na zadaniu, co oznacza, że Spółka oraz jej wspólnicy pozornie zawierają umowę korzystniejszą od umowy zawartej w drodze przetargu nieograniczonego, mając pełną świadomość, że zaproponowana cena będzie uzupełniana o tzn. rekompensatę, co w rezultacie oznacza wykonywanie usługi za cenę rynkową lub nawet wyższą i nie powoduje zmniejszenia kosztów po stronie Gmin, tym samym nie jest w ogóle korzystniejsza, a doprowadza do sytuacji, stronie zamawiających gmin, a dodatkowo eliminuje się z rynku element konkurencji, doprowadzając tym samym do monopolizacji rynku na rzecz Spółki komunalnej,

5. poprzez wskazanie w pojedynczych analizach, że wybrany tryb nie narusza de facto zasad konkurencyjności, a jedynymi potencjalnymi oferentami są wykonawcy wpisani do Rejestru działalności regulowanej czyli Spółka i Odwołujący w przypadku Gminy Wojcieszów, ale już w innych gminach jest to 5-6 potencjalnych oferentów, podczas gdy wybrany tryb narusza zasady konkurencyjności, bo każdy inny podmiot może złożyć ofertę jednocześnie z wnioskiem o wpis i gmina ma obowiązek w ciągu 7 dni go wpisać zgodnie z art. 9ca ustawy o czyst. i porz. w gminach, nie jest zatem to rynek zamknięty, a co za tym idzie konkurencyjny gwarantujący ceny na różnym poziomie, walkę o jak najwyższe standardy świadczenia usług - wbrew twierdzeniom analizy;

VII. niezgodnej z przepisami ustawy Pzp czynności Zamawiającego polegającej na wprowadzeniu w postępowaniu możliwości stosowania podwykonawstwa, a rzeczywiście zamiaru powierzenia wykonawstwa Spółce, która nie ma możliwości samodzielnego - bez powierzenia części zamówienia dotyczącego głównego przedmiotu podwykonawcom - wykonania przedmiotu zamówienia w sytuacji, gdy:

1] w przedmiocie zamówienia polegającym na odbiorze i transporcie po pierwsze nie można wskazać czynności innych niż główne, a tylko czynności poza głównym przedmiotem zamówienia wykonawca może zlecić podwykonawcy,

2] zamawiający ma świadomość, że Spółka nie ma możliwości samodzielnego wykonywania przedmiotu zamówienia, co jest warunkiem koniecznym do zastosowania trybu z wolnej ręki,

ponieważ nie dysponuje odpowiednio dużym zapleczem sprzętowym i osobowym, co udowodniła w pierwszej kolejności:

A] wielokrotnie zlecając w latach 2019-2021 główny przedmiot zamówienia — odbiór i transport, w skład którego wchodzi także obsługa punktów przeładunkowych, dzięki którym Spółka wykazuje wskaźnik posiadania bazy w odległości 60 km — co stanowi zatem element głównego przedmiotu zamówienia, a także zagospodarowanie odpadów - podwykonawcom w różnych formach, w tym za pośrednictwem przetargów oraz współpracy cywilnoprawnej;

B] analiza wymagań sprzętowych dla poszczególnych gmin na przestrzeni ostatnich 3 lat potwierdza, że chcąc wykonywać obecne zamówienie Spółka powinna posiadać większy park maszynowy (około 20 samochodów o wymaganej pojemności), a nie 14 wymagane dokumentacją obecnie prowadzonego postępowania;

Wprowadzając zarówno na etapie prowadzenia negocjacji jak i w umowie wykonawczej możliwość podwykonawstwa, Zamawiający wprowadza rzeczywistą możliwość obejścia przepisów, wprowadzonych nową ustawą Pzp właśnie w celu likwidacji takich praktyk i nadużywania trybu z wolnej ręki.

Odwołujący wystąpił do Zamawiającego o przekazanie dokumentacji postępowania, z której będzie również wynikać, czy już na etapie negocjacji Spółka zamierza korzystać z podwykonawców i w jakim zakresie, do dnia złożenia odwołania Zamawiający nie przekazał wymaganych dokumentów.

VIII. niezgodnej z przepisami ustawy Pzp czynności Zamawiającego polegającej na wszczęciu postępowania w trybie niekonkurencyjnym i zachowaniu Zamawiającego sprzecznym z zasadami konkurencji, stanowiącymi nadużycie pozycji dominującej na rynku właściwym, wobec faktu, że nie zachodzą przesłanki do zastosowania trybu z wolnej ręki i w tej sytuacji zamawiający zobowiązany jest do skorzystania z trybu konkurencyjnego albo przetargu nieograniczonego albo ograniczonego, a że tryb konkurencyjny jest właściwy, potwierdzają ogłoszenia kilku zamawiających biorących udział w niniejszym postępowaniu, którzy w trybie przetargu nieograniczonego prowadzą samodzielnie postępowanie na tożsamy z zawartym w zaproszeniu do negocjacji z dnia 8.06.2022 r. przedmiot zamówienia (na część okresu objętego zaskarżonym postępowaniem);

IX. niezgodnej z przepisami ustawy Pzp czynności Zamawiającego polegającej na wyborze wykonawcy i przeprowadzeniu z nim negocjacji w celu udzielenia zamówienia z wolnej ręki

w sposób niekonkurencyjny, w oderwaniu od realiów rynkowych, w zakresie wskazanym i uzasadnionym przy omówieniu zarzutu nr VI odwołania;

X. niezgodnej z przepisami ustawy Pzp czynności Zamawiającego polegającej na wadliwym opublikowaniu ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy poprzez:

1) podanie innej nazwy postępowania niż nadana przez zamawiającego w zaproszeniu do negocjacji, w tytule ogłoszenia oraz sekcji II — INFORMACJE PODSTAWOWE poprzez wskazanie jako nazwy postępowania: Odbiór odpadów komunalnych zebranych z nieruchomości zam. oraz częśc. zam. niezam. z terenu gm: Wojcieszów, Czarny Bór, m. Kam. Góra, Kam. Góra, Męcinka, Pielgrzymka, St. Bogaczowice, Świerzawa, Lubawka, Mieroszów, podczas gdy w zaproszeniu do negocjacji, które wszczyna postępowanie nazwa postępowania została wskazana jako: „Odbiór odpadów komunalnych zmieszanych oraz selektywnie zebranych z nieruchomości zamieszkałych oraz nieruchomości częściowo zamieszkałych i niezamieszkałych z terenu Gminy Wojcieszów, Gminy Czarny Bór, Gminy Miejskiej Kamienna Góra, Gminy Kamienna Góra, Gminy Męcinka, Gminy Pielgrzymka, Gminy Stare Bogaczowice, Gminy Świerzawa, Gminy Lubawka, Gminy Mieroszów, co oznaczałoby że zmianie uległ przedmiot umowy, co oznacza, że postępowanie obarczone jest wadą niemożliwą do usunięcia, gdyż Zamawiający zamierza zawrzeć umowę w postępowaniu na inny przedmiot umowy niż wszczęte postępowanie;

2) braku wymaganego w sekcji IV pkt 4.2 uzasadnienia faktycznego i prawnego wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia albo zamówienia z wolnej ręki poprzez wskazanie w nim jedynie, że zamawiający spełnia jedynie jedną z trzech przesłanek wymaganych przepisem art. 214 ust. 1 pkt 13 ustawy Pzp tj. sprawuje nad Spółką kontrolę analogiczną jak wskazana w ww. przepisie oraz, że Spółka jest w stanie samodzielnie zrealizować przedmiot zamówienia – w zakresie wskazanym i uzasadnionym przy omówieniu zarzutu nr I, III, VII odwołania;

XI. niezgodnej z przepisami ustawy Pzp czynności Zamawiającego polegającej na wadliwym przygotowaniu i przeprowadzeniu postępowania przez Zamawiającego, w tym w szczególności zamawiającego prowadzącego, który w zaproszeniu do negocjacji w trybie z wolnej dla zamówienia publicznego prowadzonego w trybie zamówienia z wolnej ręki o wartości równej lub przekraczającej progi unijne wskazał, że jest zamawiającym prowadzącym działającym w imieniu i na rzecz pozostałych 9 Gmin Zamawiających, w szczególności poprzez:

1. brak dokonania analizy wymagań i potrzeb, która w przypadku zamawiających wspólnie przygotowujących i prowadzących postępowanie powinna dotyczyć wszystkich wspólnie zamawiających, określać w szczególności wszystkie elementy wskazane w art. 83 ustawy Pzp,

2. sporządzenie umowy wykonawczej zawierającej inną nazwę postępowania, niż wszczęte, co oznacza, że umowa dotyczy innego postępowania, a zatem strony nie mogły negocjować szczegółów współpracy w oparciu o umowę nie dotyczącą niniejszego postępowania,

3. wadliwą publikację ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy, które zgodnie z art. 216 ust. 1 ustawy Pzp jest dla wybranego przez zamawiających trybu obowiązkowe poprzez wskazanie innej nazwy postępowania w tytule ogłoszenia oraz sekcji II — INFORMACJE PODSTAWOWE poprzez wskazanie jako nazwy postępowania: Odbiór odpadów komunalnych zebranych z nieruchom. zam. oraz częśc. zam. i niezam. z terenu gm: Wojcieszów, Czarny Bór, m. Kam. Góra, Kam. Góra, Męcinka, Pielgrzymka, St. Bogaczowice, Świerzawa, Lubawka, Mieroszów, podczas gdy w zaproszeniu do negocjacji, które wszczyna postępowanie nazwa postępowania została wskazana jako: „Odbiór odpadów komunalnych zmieszanych oraz selektywnie zebranych z nieruchomości zamieszkałych oraz nieruchomości częściowo zamieszkałych i niezamieszkałych z terenu Gminy Wojcieszów, Gminy Czarny Bór, Gminy Miejskiej Kamienna Góra, Gminy Kamienna Góra, Gminy Męcinka, Gminy Pielgrzymka, Gminy Stare Bogaczowice, Gminy Świerzawa, Gminy Lubawka, Gminy Mieroszów, co oznacza, że zmianie uległ przedmiot umowy, co oznacza, że postępowanie obarczone jest wadą niemożliwą do usunięcia, gdyż Zamawiający zamierza zawrzeć umowę w postępowaniu na inny przedmiot umowy niż wszczęte postępowanie,

4. brak opublikowania porozumienia zawartego między gminami będącymi zamawiającym wspólnym, z którego wynikałoby czy całość przygotowania i prowadzenia postępowania została powierzona jednemu podmiotowi działającemu w imieniu i na rzecz pozostałych zamawiających czy też postępowanie o udzielenie zamówienia nie jest w całości przygotowywane i prowadzone lub organizowane w imieniu i na rzecz wszystkich zamawiających, gdyż w ogłoszeniu znajduje się informacja, że Postępowanie prowadzą zamawiający działający wspólnie, natomiast w zaproszeniu do negocjacji w trybie z wolnej ręki Gmina Wojcieszów określiła się jako: działająca również w imieniu i rzecz pozostałych 9 gmin, co dla podmiotów takich jak Odwołujący pozostawia wątpliwość kto jest de facto organizatorem postępowania i kto ponosi odpowiedzialność za prawidłowe jego przygotowanie i prowadzenie, stąd Odwołanie zostało przestane do wszystkich zamawiających działających wspólnie; oraz

5. poprzez brak uzasadnienia faktycznego i prawnego wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki i poprzez ogłoszenie na stronie internetowej Gminy Wojcieszów innych informacji niż w BZP (dodatkowych w stosunku do ogłoszenia w BZP) — do czego odsyła sama treść ogłoszenia, stanowiąc w sekcji VI informacje dodatkowe „Pełna treść uzasadnienia dostępna jest na stronie Zamawiającego: <https://gminawojcieszow.bipgmina.pl/>”.

Odwołujący wskazał, że poprzez wymienione powyżej czynności i zaniechania Zamawiający naruszył następujące przepisy ustawy Pzp:

1. art. 214 ust. 1 pkt 13 ustawy Pzp w zw. z art. 214 ust. 5 i 6 ustawy Pzp poprzez bezpodstawne uznanie, że zachodzą przesłanki do udzielenia Spółce zamówienia w trybie zamówienia z wolnej ręki w sytuacji, kiedy zamawiający nie wykazał spełnienia przesłanek, które upoważniają go do wszczęcia postępowania w tym trybie, wobec faktu, że:

1] Zamawiający nie wykazał zaistnienia przesłanki określonej w lit. b) i c) art. 214 ust. 1 pkt 13) lit. b) i c) ustawy Pzp tj. nie wykazał, że ponad 90% działalności kontrolowanej osoby prawnej - Spółki dotyczy wykonywania zadań powierzonych jej przez Zamawiających, a w dokumencie na stronie BIP zamawiającego Gmina Wojcieszów pod nazwą uzasadnienie wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki nie wykazano żadnych danych finansowych, których można byłoby stwierdzić, jakie rodzaje usług zamawiający wliczał do kwot zamówień wykonanych na rzecz podmiotów powierzających, a co zakwalifikował jako przychody komercyjne, wobec braku przedstawienia konkretnych, weryfikowalnych zestawień rodzajów działalności z przypisanymi do nich przychodami, co pozwoliłoby zweryfikować prawidłowość wyliczeń, co jest istotne zwłaszcza wobec rzekomo wykazanego udziału procentowego na poziomie 90,67%, podczas, gdy analiza ogólnodostępnych informacji (w tym dokumentów przetargowych z poprzednich lat 2019 - 2021) jasno wskazuje na m.in. stosowanie instytucji podwykonawstwa w zakresie realizacji zadań realizowanych na rzecz podmiotów powierzających; ponadto zamawiający poza przytoczeniem kilku liczb nie przedstawił konkretnych wyliczeń popierających wyliczenia zamawiającego w szczególności nie ma żadnych dokumentów i wyliczeń potwierdzających wielkość oraz rodzaj poszczególnych przychodów co w sytuacji chęci skorzystania z trybu niekonkurencyjnego stanowi podstawę uzasadnienia i stosowania tego trybu,

2] Zamawiający wszczął postępowanie pomimo braku posiadania wszystkich niezbędnych dokumentów do sporządzenia zestawienia przychodów i tym samym obliczenia procentowego udziału zadań powierzonych Spółce przez zamawiających sprawujących nad nią kontrolę lub przez inne osoby prawne kontrolowane przez tych zamawiających m.in. poprzez brak weryfikacji rekompensaty za rok 2021 r., która to rekompensata znacząco wpływa na wyniki finansowe Spółki, a zgodnie z Regulaminem świadczenia usług publicznych w PGK Sanikom sp. z o.o. weryfikacja taka następuje do końca września każdego roku i organem uprawnionym do takiej weryfikacji jest Zgromadzenie Wspólników; na konieczność dokonania takiej weryfikacji wskazano także w dokumencie opublikowanym na stronie BIP (ale nie stronie postępowania) 5e analiza_potrzeb_wojcieszów1, gdyż dopiero po rozliczeniu rekompensaty w sposób przewidziany w § 15 Regulaminu świadczenia usług w Spółce wyliczona zostanie prawidłowa wysokość przychodu za 2021 r., która stanowi podstawę wyliczenia wskaźnika

o którym mowa w art. 214 ust. 1 pkt 13 lit b) ustawy Pzp i dalej zgodnie z argumentacją do zarzutów I- VI i XI;

2. art. 214 ust. 1 pkt 13 ustawy Pzp w zw. z art. 214 ust. 9 ustawy Pzp poprzez rzeczywiste dopuszczenie w postępowaniu podwykonawstwa poprzez przyjęcie, że Spółka ma możliwość samodzielnego realizowania przedmiotu umowy, podczas gdy zamawiający i Spółka posiadają wiedzę, że Spółka korzysta z podwykonawców w zakresie realizacji różnych zadań, w tym zadań stanowiących główne czynności niniejszego przedmiotu postępowania oraz poprzez wprowadzenie do postępowania możliwości stosowania podwykonawstwa w sytuacji, kiedy:

1] W przedmiocie zamówienia polegającym na odbiorze i transporcie odpadów po pierwsze nie można wskazać czynności innych niż główne, a tylko takie wykonawca bez naruszenia art. 214 ust. 9 ustawy Pzp może zlecić podwykonawcom,

2] zamawiający ma świadomość, że Spółka nie ma możliwości samodzielnego wykonywania przedmiotu zamówienia w zakresie głównego przedmiotu zamówienia, co jest warunkiem koniecznym do zastosowania trybu z wolnej ręki, ponieważ nie dysponuje odpowiednio dużym zapleczem sprzętowym i osobowym, co udowodniła w pierwszej kolejności:

A] wielokrotnie zlecając w latach 2019-2021 główny przedmiot zamówienia — odbiór i transport, a także zagospodarowanie - podwykonawcom w różnych formach, w tym za pośrednictwem przetargów oraz współpracy cywilnoprawnej;

B] analiza wymagań sprzętowych dla poszczególnych gmin na przestrzeni ostatnich 3 lat potwierdza, że chcąc wykonywać obecne zamówienie Spółka powinna posiadać większy park maszynowy (przynajmniej 20 samochodów o wymaganej pojemności), a nie 14 wymagane dokumentacją obecnie prowadzonego postępowania; tym samym nie jest możliwe, żeby Spółka osobiście wykonała kluczowe części zamówienia, które ma zostać udzielone temu wykonawcy;

- i dalej zgodnie z argumentacją do zarzutu VII;

3. Art. 129 ust. 2 w zw. z art. 214 ust. 1 pkt 13 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ust. 1, 2 i 3 ustawy Pzp poprzez zastosowanie trybu z wolnej ręki, podczas gdy nie zachodzą przesłanki wskazane w art. 214 ust. 1 pkt 13 ustawy Pzp przez wszczęcie postępowania w trybie niekonkurencyjnym i zachowaniu Zamawiającego sprzecznym z zasadami konkurencji, stanowiącymi nadużycie pozycji dominującej na rynku właściwym, wobec faktu, że nie zachodzą przesłanki do zastosowania trybu z wolnej ręki i w tej sytuacji zamawiający zobowiązany jest do skorzystania z trybu konkurencyjnego: albo przetargu nieograniczonego albo ograniczonego, a że tryb

konkurencyjny jest właściwy potwierdzają ogłoszenia u kilku zamawiających, biorących udział w niniejszym postępowaniu, którzy w trybie przetargu nieograniczonego prowadzą obecnie postępowania na tożsamy z zawartym w zaproszeniu do negocjacji z dnia 8.06.2022r. przedmiot zamówienia;

- i dalej zgodnie z argumentacją do zarzutów I, II, III, VIII i IX;

4. Art. 214 ust. 6 ustawy Pzp w zw. z art. 214 ust. 5 i 6 ustawy Pzp poprzez przyjęcie błędnej metody wyliczenia wskaźnika progu ponad 90% działalności kontrolowanej przez podmioty powierzające poprzez przyjęcie danych (w dodatku niepełnych) dotyczących średniego przychodu za 3 lata poprzedzające udzielenie zamówienia, a one z uwagi na przeprowadzoną reorganizację są nieadekwatne i zamawiający zobowiązany był do sporządzenia wiarygodnych prognoz handlowych; fakt reorganizacji wynika zarówno z dokumentów spółki jak i publikowanych przez nią informacji, jak i został wskazany w „dokumencie” na stronie BIP zamawiającego Gmina Wojcieszów uzasadnieniu wyboru trybu udzielenia zamówienia z wolnej ręki;

- i dalej zgodnie z argumentacją do zarzutów III, IV, XI;

5. Art. 83 ust. 1 ustawy Pzp wobec faktu niesporządzenia analizy wymagań i potrzeb zamawiającego dla Zamawiającego wspólnego, którym w przypadku niniejszego postępowania jest 10 podmiotów wskazanych w ogłoszeniu (Gmina Wojcieszów, Gmina Czarny Bór, Gmina Miejskiej Kamienna Góra, Gmina Kamienna Góra, Gmina Męcinka, Gmina Pielgrzymka, Gmina Stare Bogaczowice, Gmina Świerzawa, Gmina Lubawka, Gmina Mieroszów) oraz braku sporządzenia analizy dla niniejszego postępowania, wobec faktu sporządzenia i opublikowania wyłącznie analiz dla 5 Gmin do innego postępowania, niż objęte ogłoszeniem, a to postępowania o nazwie: „Odbiór i transport do Instalacji przetwarzania odpadów komunalnych SANIKOM odpadów komunalnych niesegregowanych (zmieszanych) i selektywnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych oraz nieruchomości w części zamieszkałych i w części nieruchomości niezamieszkałych z terenu Zamawiającego w okresie od 01 lipca 2022 r. do 30 czerwca 2026 r.” gdzie zamawiającym jest Gmina Wojcieszów lub inne wskazane 4 gminy spośród zamawiających, w dodatku nie na stronie postępowania, ale w różnych miejscach kilku BIP-ów tych

- i dalej zgodnie z argumentacją wskazaną dla zarzutu XI;

6. Art. 83 ust. 1, 2 i 3 ustawy Pzp poprzez sporządzenie analiz wymagań i potrzeb w sposób wadliwy

- i dalej zgodnie z argumentacją wskazaną dla zarzutów V- VI i XI;

7. Art. 216 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 214 ust. 1 pkt 13 ustawy Pzp poprzez ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego na: „Odbiór odpadów komunalnych zebranych z nieruchomości zam. oraz części. zam. i niezam. z terenu gm: Wojcieszów, Czarny Bór, m. Kam. Góra, Kam. Góra, Męcinka, Pielgrzymka, St. Bogaczowice, Świerzawa, Lubawka, Mieroszów” numer referencyjny: GO.271.15.2022, w sposób nieuzasadniony w związku z brakiem podstaw do udzielenia zamówienia z wolnej ręki oraz z naruszeniem wymogów ustawowych, przewidzianych w art. 214 ust. 1 pkt 13) ustawy Pzp;

- i dalej zgodnie z argumentacją wskazaną dla zarzutów I, II, III, X, XI;

8. Art. 130 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w zw. z art. 214 ust. 1 pkt 13 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ust. 1, 2 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 17 ust. 2 ustawy Pzp poprzez wybór wykonawcy i przeprowadzenie z nim negocjacji w celu udzielenia zamówienia z wolnej ręki w sposób niekonkurencyjny, w oderwaniu od realiów rynkowych,

- i dalej zgodnie z argumentacją wskazaną dla zarzutu VIII i IX;

9. Art. 216 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 272 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z pkt 1 ppkt 2 załącznika nr 2 ROZPORZĄDZENIEM MINISTRA ROZWOJU, PRACY I TECHNOLOGII z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie ogłoszeń zamieszczanych w Biuletynie Zamówień Publicznych poprzez:

1) opublikowanie w ogłoszeniu innej nazwy postępowania niż nadana przez Zamawiającego w zaproszeniu do negocjacji z wolnej ręki wszczynającym postępowanie tj. przez podanie innej nazwy postępowania w tytule ogłoszenia oraz sekcji II — INFORMACJE PODSTAWOWE czyli: Odbiór odpadów komunalnych zebranych z nieruchomości zam. oraz części. zam. i niezam. z terenu gm: Wojcieszów, Czarny Bór, m. Kam. Góra, Kam. Góra, Męcinka, Pielgrzymka, St. Bogaczowice, Świerzawa, Lubawka, Mieroszów, podczas, gdy w zaproszeniu do negocjacji, które wszczyna postępowanie nazwa postępowania została wskazana jako: „Odbiór odpadów komunalnych zmieszanych oraz selektywnie zebranych z nieruchomości zamieszkałych oraz nieruchomości częściowo zamieszkałych i niezamieszkałych z terenu Gminy Wojcieszów, Gminy Czarny Bór, Gminy Miejskiej Kamienna Góra, Gminy Kamienna Góra, Gminy Męcinka, Gminy Pielgrzymka, Gminy Stare Bogaczowice, Gminy Świerzawa, Gminy Lubawka, Gminy

Mieroszów, co oznaczałoby, że zmianie uległ przedmiot umowy, co oznacza, że postępowanie obarczone jest wadą niemożliwą do usunięcia;

- dalej zgodnie z argumentacją wskazaną dla zarzutu XI,

2) brak uzasadnienia faktycznego i prawnego wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia albo zamówienia z wolnej ręki wymaganego w sekcji IV pkt 4.2 ogłoszenia poprzez wskazanie przez zamawiającego jedynie, że zamówienie ma być udzielone w trybie art. 214 ust. 1 pkt 13) i oświadczenia, że zamawiający spełnia jedynie jedną z trzech przesłanek wymaganych przepisem art. 214 ust. 1 pkt 13 ustawy Pzp tj. sprawuje nad Spółką kontrolę analogiczną jak wskazana w ww. przepisie, oraz że Spółka jest w stanie samodzielnie zrealizować przedmiot zamówienia; oraz odwołanie do bliżej nieokreślonego dokumentu nazwanego Analiza potrzeb i wymagań, który nie został załączony do postępowania ani opublikowany jako część dokumentacji postępowania,

- dalej zgodnie z argumentacją wskazaną dla zarzutu III, IV- VI, VII, XI;

10. Art. 38 ust. 1, 2, 3, 5 ustawy Pzp w zw. z art. 37 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ust. 1, 2 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 17 ust. 2 ustawy Pzp poprzez wadliwe przygotowanie i przeprowadzenie postępowania przez Zamawiającego, w tym w szczególności zamawiającego prowadzącego, który w zaproszeniu do negocjacji w trybie z wolnej ręki dla zamówienia publicznego prowadzonego w trybie zamówienia z wolnej ręki o wartości równej lub przekraczającej progi unijne wskazał, że jest zamawiającym prowadzącym działającym w imieniu i na rzecz pozostałych 9 Gmin Zamawiających,

- dalej zgodnie z argumentacją wskazaną dla zarzutu XI;

oraz z ostrożności:

11. art. 272 ust. 2 ustawy Pzp w zw. z p. 2 p. 2) oraz p. 4. 2) załącznika nr 2 ROZPORZĄDZENIEM MINISTRA ROZWOJU, PRACY I TECHNOLOGII z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie ogłoszeń zamieszczanych w Biuletynie Zamówień Publicznych poprzez brak uzasadnienia faktycznego i prawnego wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki oraz art. 270 ust. 4 p. 1) w zw. z ust. 1 ustawy Pzp poprzez ogłoszenie na stronie internetowej Gminy Wojcieszów innych informacji niż w BZP (dodatkowych w stosunku do ogłoszenia w BZP) - do czego odsyła sama treść ogłoszenia, stanowiąc w sekcji VI informacje dodatkowe „Pełna treść uzasadnienia dostępna na stronie Zamawiającego: <https://gminawojcieszow.bipgmina.pl/>”

- dalej zgodnie z argumentacją wskazaną dla zarzutu XI;

12. Art. 272 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z pkt 2 ppkt 10 lit. c) i d) załącznika nr 2 ROZPORZĄDZENIEM MINISTRA ROZWOJU, PRACY I TECHNOLOGII z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie ogłoszeń zamieszczanych w Biuletynie Zamówień Publicznych poprzez podanie w ogłoszeniu, że postępowanie prowadzą zamawiający działający wspólnie, a z zaproszenia do negocjacji wynika, że Gmina Wojcieszów działa również w imieniu i na rzecz pozostałych zamawiających czy jest podmiotem, któremu powierzono prowadzenie postępowania, co ma znaczenie m.in. dla kwestii odpowiedzialności za prawidłowe przygotowanie i prowadzenie postępowania

- dalej zgodnie z argumentacją wskazaną dla zarzutu XI.

W związku z podniesionymi zarzutami odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu: unieważnienia postępowania na podstawie art. 255 pkt 6 ustawy Pzp jako obarczonego niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, a wada ta nie może zostać usunięta w inny sposób.

Ponadto odwołujący wniósł o:

- a) zobowiązanie Zamawiającego do przedłożenia całości dokumentacji, dotyczącej zamówienia publicznego, w tym porozumienia, zawartego pomiędzy Gminą Wojcieszów, Gminą Czarny Bór, Gminą Miejską Kamienna Góra, Gminą Kamienna Góra, Gminą Męcinka, Gminą Pielgrzymka, Gminą Stare Bogaczowice, Gminą Świerzawa, Gminą Lubawka, Gminą Mieroszów, z którego wynika, że podmioty te postanowiły wspólnie przeprowadzić postępowanie i udzielić zamówienia, wyznaczając spośród siebie Gminę Wojcieszów jako zamawiającego reprezentującego, upoważnionego do przeprowadzenia postępowania i udzielenia zamówienia w ich imieniu i na ich rzecz;
- b) zobowiązanie Zamawiającego lub wskazanego przez Zamawiającego Wykonawcę - Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Sanikom Sp. z o.o. z siedzibą w Lubawce, ul. Nadbrzeżna 5a 58-420 Lubawka do przedstawienia pełnej dokumentacji, na podstawie której Zamawiający powziął decyzję o zastosowaniu trybu zamówienia z wolnej ręki w oparciu o przesłanki określone w art. 214 ust. 1 pkt 13 ustawy Pzp, w tym dokumentacji księgowej obejmującej dokumenty korporacyjne spółki i rejestr sprzedaży

za lata 2019-2021, w tym dokumentacji wymaganej przez Regulamin świadczenia usług przez Spółkę dotyczącej ewidencjonowania osobno przychodów z zadań w ramach powierzenia oraz komercyjnych, lub innej dokumentacji, z której miałyby wynikać, że zamawiający wspólnie z innymi zamawiającymi, o których mowa w art. 4 ust. 1 pkt 1 - 4 ustawy Pzp, ponad 90% działalności kontrolowanej osoby prawnej dotyczy wykonywania zadań powierzonych jej przez zamawiających sprawujących nad nią kontrolę lub przez inne osoby prawne, kontrolowane przez tych zamawiających w rozumieniu art. 214 ust. 1 pkt 13 ustawy Pzp;

- c) oraz po dostarczeniu dokumentacji, o której mowa powyżej - lit. a) i b), dopuszczenie i przeprowadzenie przez Izbę dowodu z opinii biegłego z zakresu rachunkowości lub biegłego rewidenta, ewentualnie łącznie z biegłym z zakresu gospodarki odpadami - na okoliczność czy Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Sanikom Sp. z o.o. w Lubawce jako wskazany przez Zamawiającego Wykonawca, któremu miało zostać udzielone zamówienie, spełnia przesłanki wskazane w art. 214 ust. 1 pkt 13 ustawy Pzp do udzielenia zamówienia z wolnej ręki, tj. czy ponad 90% działalności kontrolowanej osoby prawnej dotyczy wykonywania zadań powierzonych jej przez zamawiających sprawujących nad nią kontrolę lub przez inne osoby prawne, kontrolowane przez tych zamawiających w rozumieniu art. 214 ust. 1 pkt 13 ustawy Pzp.

Pismem wniesionym w dniu 7 lipca 2022 r. zamawiający udzielił odpowiedzi na odwołanie, przedstawiając szczegółowe stanowisko odnośnie zarzutów postawionych w odwołaniu. Zamawiający uznał zarzuty odwołania za niezasadne i wniósł o jego oddalenie.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej „SANIKOM” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Lubawce. Przystępujący uznał zarzuty odwołania za niezasadne i wniósł o jego oddalenie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Bezsporną jest okoliczność, że w ogłoszeniu o zamiarze zawarcia umowy zamawiający nie podał pełnej treści uzasadnienia w zakresie wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki – w sekcji IV pkt 4.2.) ogłoszenia wskazano, że *Pozostała część uzasadnienia jest umieszczona w sekcji „informacje dodatkowe”*, natomiast w sekcji VI ogłoszenia wskazano, że *Pełna treść uzasadnienia dostępna jest na stronie Zamawiającego: <https://gminawojcieszow.bipgmina.pl>*. Jak wyjaśnił zamawiający takie rozwiązanie było podyktowane ograniczeniami technicznymi (w zakresie ilości znaków) strony BZP. Na podanej powyżej stronie internetowej (podstronie dotyczącej przedmiotowego postępowania) został zamieszczony plik o nazwie *„Uzasadnienie wyboru trybu udzielenia zamówienia z wolnej ręki”*. W ocenie składu orzekającego Izby odesłanie w treści ogłoszenia do załącznika zawierającego dodatkowe informacje, które ze względów technicznych nie mogły znaleźć się w dokumencie ogłoszenia, nie stanowi naruszenia przepisów ustawy Pzp. Istotne jest podanie przez zamawiającego pełnego zakresu wymaganych informacji odnośnie dokonanego wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki. Jeżeli zatem ze względu na ograniczenia w zakresie ilości znaków w formularzu ogłoszenia informacje te są zawarte w dodatkowym dokumencie stanowiącym załącznik do ogłoszenia, to takie działanie nie może być uznane za sprzeczne z przepisami ustawy Pzp. Ww. plik o nazwie *„Uzasadnienie wyboru trybu udzielenia zamówienia z wolnej ręki”* został zamieszczony na podstronie dotyczącej przedmiotowego postępowania, a zatem nie było wątpliwości, że – zgodnie z informacją podaną w ogłoszeniu o zamiarze zawarcia umowy - stanowi on uzupełnienie uzasadnienia wyboru trybu zamieszczonego w ogłoszeniu. Z tego powodu zarzuty, że w dokumencie tym brak było określenia postępowania, którego dotyczy, brak było określenia zamawiających oraz nie został opatrzony datą ani żadnym podpisem, nie wskazano jego autora – Izba uznała za niezasadne.

Nie podlegał uwzględnieniu zarzut, że w ogłoszeniu o zamiarze zawarcia umowy zamawiający podał inną nazwę postępowania (*„odbiór odpadów komunalnych zebranych z ...”*) niż w zaproszeniu do negocjacji (*„odbiór odpadów komunalnych zmieszanych oraz selektywnie zebranych z ...”*), co oznacza, że zmianie uległ przedmiot umowy, a postępowanie jest obarczone wadą niemożliwą do usunięcia. Należy wyjaśnić, że nazwa postępowania nie określa w sposób przesądzający przedmiotu udzielanego zamówienia. Decydujące znaczenie ma sporządzony przez zamawiającego opis przedmiotu zamówienia. Jedynie zatem dodatkowo należy zauważyć, że nazwa postępowania zamieszczona w zaproszeniu do negocjacji stanowi doprecyzowanie tej podanej w ogłoszeniu - w zakresie kategorii odpadów komunalnych. Takie doprecyzowanie nazwy nie skutkuje pojawieniem się wątpliwości co do

tego, co stanowi zakres przedmiotu zamówienia, i nie stanowi wady postępowania implikującej konieczność jego unieważnienia. Również w przypadku nadanej przez zamawiającego nazwy umowy wykonawczej (*umowa wykonawcza na odbiór i transport odpadów komunalnych niesegregowanych (zmieszanych) i selektywnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych oraz nieruchomości w części zamieszkałych i niezamieszkałych*) mamy do czynienia jedynie z doprecyzowaniem nazwy podanej w ogłoszeniu o zamiarze zawarcia umowy.

Zarzut, że zamawiający nie wykazał zaistnienia przesłanki określonej w art. 214 ust. 1 pkt 13) lit. b) i c) ustawy Pzp, tj. że: „b) ponad 90% działalności kontrolowanej osoby prawnej dotyczy wykonywania zadań powierzonych jej przez zamawiających sprawujących nad nią kontrolę lub przez inne osoby prawne kontrolowane przez tych zamawiających, c) w kontrolowanej osobie prawnej nie ma bezpośredniego udziału kapitału prywatnego” – w ocenie składu orzekającego Izby nie potwierdził się. W odniesieniu do pierwszej z ww. przesłanek odwołujący wskazał w uzasadnieniu odwołania, m.in. że „z podanych danych nie wynika jednak, jakie rodzaje usług zamawiający wliczał do kwot zamówień wykonanych na rzecz podmiotów powierzających, a co zakwalifikował jako przychody komercyjne, wobec braku przedstawienia konkretnych weryfikowalnych zestawień rodzajów działalności, z przypisanymi do nich przychodami, ani odniesień do danych, wynikających [z] publicznie dostępnych dokumentów, co pozwoliłoby zweryfikować prawidłowość wyliczeń”. Po pierwsze, odniesienie się do tej przesłanki zostało zawarte w dokumencie „Uzasadnienie wyboru trybu udzielenia zamówienia z wolnej ręki”. Informacje przedstawione w tym zakresie przez zamawiającego miały podsumowujący charakter, a bardziej szczegółowe dane zostały zawarte w dokumencie pn. „Raport z kalkulacji relacji wykonywania zadań powierzonych przez podmioty sprawujące kontrolę nad Przedsiębiorstwem Gospodarki Komunalnej „Sanikom” Sp. z o.o. do ogółu działalności Spółki”. Pojawia się przy tym pytanie o zakres informacji podlegających obowiązkowemu upublicznieniu przez zamawiającego w zakresie wykazania spełniania przesłanki, o której mowa w art. 214 ust. 1 pkt 13) lit. b) ustawy Pzp. W ocenie składu orzekającego Izby nie było intencją ustawodawcy nałożenie na zamawiających obowiązku przedstawiania bardzo szczegółowych danych i dokumentów na potwierdzenie spełnienia ww. przesłanki. Gdyby tak było, to w ustawie Pzp zostałyby zawarte przepisy regulujące szczegółowo obowiązki zamawiających w tym zakresie, jak i ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy miałoby format umożliwiający publikację szczegółowych i obszernych danych. Zdaniem składu orzekającego Izby informacje, jakie zostały w tym zakresie przedstawione przez zamawiającego w „Uzasadnienie wyboru trybu udzielenia zamówienia z wolnej ręki” z uwzględnieniem treści „Raportu z kalkulacji relacji wykonywania zadań powierzonych przez podmioty sprawujące kontrolę nad Przedsiębiorstwem Gospodarki Komunalnej „Sanikom”, gdzie wskazano szczegółowe dane dotyczące sprzedaży w poszczególnych latach objętych analizą w podziale na poszczególne

rodzaje działalności Spółki, z dodatkowymi korektami – należy uznać za wystarczające. Należy wskazać, że drugi z ww. dokumentów został przez zamawiającego opublikowany dopiero po wniesieniu odwołania (w dniu 21 czerwca 2022 r. na stronie BIP zamawiającego prowadzącego postępowanie - Gminy Wojcieszów). Ponadto, dokument ten nie został zamieszczony na podstronie dotyczącej przedmiotowego postępowania, lecz na podstronie Gospodarka odpadami. W ocenie składu orzekającego Izby takie działanie zamawiającego nie jest prawidłowe i przejrzyste. Niemniej jednak Izba uznała, że nie miało w tym zakresie miejsca naruszenie przepisów ustawy Pzp mające lub mogące mieć wpływ na wynik postępowania. Natomiast zgodnie z przepisem art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp Izba uwzględnia odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców. Opublikowanie ww. Raportu ostatecznie miało miejsce, a odwołujący zapoznał się z jego treścią. Żaden inny wykonawcy nie zgłosił przystąpienia do postępowania odwoławczego, a rozpatrywanie ww. okoliczności w kontekście innych potencjalnych wykonawców wykraczałoby poza zakres zarzutów postawionych w odwołaniu. Mając na uwadze, że odwołujący nie miał możliwości zapoznania się z treścią ww. Raportu na etapie wnoszenia odwołania, Izba za zasadne uznała poddanie pod rozpoznanie zarzutów podniesionych w tym zakresie w toku rozprawy. Zarzuty te zostały przedstawione w postaci złożonego przez odwołującego opracowania do raportu, którego autorami są dr Agnieszka Tylec oraz mgr Michał Płonka. Ww. opracowanie dotyczy dwóch kwestii, tj. przeniesienia części przychodów z kategorii „komercyjne” do „publiczne” na potrzeby obliczenia wskaźnika oraz nieuwzględnienia podwykonawstwa w obliczeniu wskaźnika. W odniesieniu do pierwszej kwestii wskazano, że *„Autor raportu, na podstawie danych przekazanych przez Sanikom, podaje, że z przychodów ujętych na koncie księgowym „700-1-1-1-3 SPRZEDAŻ – OOK - KOMERCYJNE” wydzielono przychody z tych gmin, które jednocześnie z odbiorem odpadów w nieruchomościach zamieszkałych (zlecanych w trybie in-house) zlecały odbiór odpadów z nieruchomości niezamieszkałych oraz że charakter takiego zlecenia pozwala na zaliczenie tych przychodów do kategorii „publiczne”. Jednak nie można zlecać w jednym postępowaniu jednocześnie trybu konkurencyjnego i niekonkurencyjnego, stąd takie przebieganie jest niemożliwe.”* W związku z tym stwierdzono konieczność korekty polegającej na przeniesieniu z powrotem do kategorii „komercyjne” przychodów Sanikom, które w raporcie – na podstawie informacji udzielonych przez pracowników Sanikom – w związku z brakiem jednoznacznej identyfikacji podstawy do przeniesienia – zostały przeniesione do kategorii „publiczne” (korekta „SKORYGOWANE O PRZENIESIENIE”). W odniesieniu do drugiej kwestii wskazano, że *„Analiza ogólnodostępnych informacji (w tym dokumentów przetargowych Sanikom z poprzednich lat 2019 – 2021) jasno wskazuje na m.in. stosowanie przez Sanikom instytucji podwykonawstwa w zakresie realizacji zadań realizowanych na rzecz podmiotów*

powierzających, co już falsyfikuje prawidłowość przyjętych przychodów, a znikąd nie wynika, aby zostało ono uwzględnione przy ich wielkości i prezentacji.” W związku z tym stwierdzono konieczność korekty o uwzględnienie kwot kosztów, poniesionych przez Sanikom na zastosowanie podwykonawstwa w podziale na kategorie przychodów, polegające na zmniejszeniu przychodów w kategoriach „in-house” i „publiczne” i zwiększeniu o te kwoty przychodów w kategorii „komercyjne” (korekta „SKORYGOWANE O PODWYKONAWSTWO”). Izba uznała, że odwołujący nie wykazał zasadności stanowiska przedstawionego w powyższym zakresie. Odwołujący nie wskazał żadnych podstaw, na których oparł twierdzenie o konieczności dokonania pierwszej z ww. korekt. Opinia zaprezentowana przez odwołującego ma w tym zakresie bardzo ogólny, a wręcz lakoniczny charakter. Korektę poprzez kwalifikację poniesionych przez spółkę kosztów z tytułu podwykonawstwa jako osiągniętych przez ten podmiot przychodów komercyjnych w ocenie składu orzekającego Izby należy uznać za niezasadną. O ile można rozważać kwestię nieuwzględniania kwot poniesionych z tytułu podwykonawstwa, to z pewnością nie powinny one podlegać kwalifikacji jako przychody komercyjne. Niezależnie od tego, nie uwzględniono w treści opracowania różnych kategorii zlecanego podwykonawstwa. Należy bowiem rozróżnić sytuację, w której podmiot kontrolowany jedynie organizuje wykonywanie zadań powierzonych od tej, w której zadania te w przeważającej części wykonywane są przez ten podmiot, który jedynie pomocniczo korzysta z usług podwykonawców. Np. świadczenie usługi przez Agencję Pracy polegającą na skierowaniu kilku osób do wykonywania pracy tymczasowej, co zostało uwzględnione przez odwołującego w ww. opracowaniu jako koszt podlegający korekcie, nie różni się wiele od sytuacji, w której takie osoby zostałyby bezpośrednio zatrudnione przez Spółkę. Mając na uwadze powyższe Izba uznała, że treść opracowania złożonego przez odwołującego nie podważa w sposób przekonujący wysokości wskaźnika ustalonego na zlecenie zamawiającego. Wymaga wyjaśnienia, że z przepisów ustawy Pzp nie wynika jeden sposób ustalenia tego wskaźnika obowiązujący wszystkich zamawiających. A zatem zamawiający nie był zobowiązany do jego obliczenia w sposób wskazywany przez odwołującego w odwołaniu, w tym w zakresie przyjętego podziału usług publicznych. Na poparcie swojego stanowiska o konieczności uwzględnienia weryfikacji rekompensaty za rok 2021 r. w obliczeniu wskaźnika odwołujący powołał się ogólnie na treść dokumentu „5e analiza_potrzeb_wojcieszów1” w zw. z § 15 Regulaminu świadczenia usług w Spółce. Odwołujący nie wskazał konkretnie żadnego fragmentu analizy, na którym oparł swoje twierdzenie. § 15 Regulaminu świadczenia usług w Spółce dotyczy rekompensaty, w tym zasad dokonywania jej weryfikacji. Jak wynika z wyjaśnień przedstawionych przez zamawiającego (odpowiedź na odwołanie) oraz dowodów przedstawionych przez przystępującego (oświadczenie Zastępcy Głównego Księgowego o ujęciu przychodów z rozliczenia rekompensaty w księgach rachunkowych z dnia 6 lipca 2022 r.) ewentualne przychody dotyczące rozliczenia rekompensaty za rok 2021 zostaną ujęte

w roku bieżącym i nie będą mieć wpływu na poziom przychodów z poprzedniego okresu. Nie pozostaje to w sprzeczności z treścią § 15 Regulaminu świadczenia usług w Spółce, a stanowisko przeciwnie nie zostało przez odwołującego przedstawione. W zakresie pierwszej w ww. przesłanek wymaga dodania, że Izba nie uwzględniła wniosku odwołującego o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego z zakresu rachunkowości lub biegłego rewidenta, łącznie z biegłym z zakresu gospodarki odpadami - na okoliczność spełniania przez Spółkę przestanki wskazanej w art. 214 ust. 1 pkt 13 lit. b) ustawy Pzp. Dowód z opinii biegłego ma w postępowaniu odwoławczym przed Izbą wyjątkowy charakter. Izba dopuszcza przeprowadzenie tego dowodu, jeżeli odwołujący wykaże jego niezbędną do ustalenia istotnych okoliczności sprawy, jak i wypełni swoje obowiązki w zakresie innych środków dowodowych. W niniejszej sprawie, jak wskazano w odniesieniu do treści opracowania złożonego przez odwołującego zawierającego uwagi do ww. raportu, odwołujący temu obowiązkowi nie sprostał. Dowód z opinii biegłego nie może służyć sprawdzeniu, czy określone czynności zostały przez zamawiającego wykonane prawidłowo, bez wskazania i uzasadnienia konkretnych zarzutów w tym zakresie. Takie samo stanowisko należy przedstawić w odniesieniu do kwestii adekwatności danych historycznych, co zostało wskazane przez odwołującego na rozprawie jako dodatkowa okoliczność, która miałaby zostać wykazana ww. dowodem z opinii biegłego. Stanowisko Izby w zakresie tego zarzutu zostało przedstawione w dalszej części niniejszego uzasadnienia. Dodatkowo należy zauważyć, że celem dowodu z opinii biegłego powinno być wykazanie określonej okoliczności, a nie przedstawienie oceny, czy dane historyczne są adekwatne. W dokumencie „Uzasadnienie wyboru trybu udzielenia zamówienia z wolnej ręki” znalazło się również odniesienie do drugiej z wymienionych powyżej przesłanek. Zamawiający podał, że w kontrolowanej Spółce nie ma bezpośredniego udziału kapitału prywatnego. Odwołujący nie wskazał jakich informacji brakuje w tym zakresie w ww. uzasadnieniu.

W odniesieniu do zarzutu, że z dokumentacji postępowania nie wynika jednoznacznie, czy zamawiający prowadzą postępowanie wspólnie czy też Gmina Wojcieszów prowadzi je na rzecz innych zamawiających należy stwierdzić, że jak wynika z *porozumienia w sprawie przygotowania i prowadzenia postępowania oraz udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki na zadaniu odbiór odpadów komunalnych zmieszanych oraz selektywnie zebranych z terenów zamieszkałych oraz terenów częściowo zamieszkałych i niezamieszkałych z dnia 6 czerwca 2022 r.* przygotowanie i prowadzenie postępowania zostało powierzone Gminie Wojcieszów (§1 i §2). Ww. porozumienie zostało zawarte na podstawie art. 38 ust. 1 i 2 ustawy Pzp. Jak wynika ze wskazanej podstawy prawnej jak i treści porozumienia gminy, które je zawarły, mają zamiar wspólnie udzielić zamówienia, a do przygotowania i przeprowadzenia postępowania została wyznaczona Gmina Wojcieszów. Nieścisłość terminologiczna, jaka w tym zakresie

wystąpiła w treści ogłoszenia o zamówienia, nie ma wpływu na wynik postępowania (co stanowi warunek uwzględnienia odwołania zgodnie z przepisem art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp), a z pewnością nie zostało to przez odwołującego wykazane.

Odnosząc się do zarzutu niesporządzenia analizy potrzeb i wymagań dla zamawiającego wspólnego, którym w tym przypadku jest 10 podmiotów wskazanych w ogłoszeniu, należy wskazać, że analizy te zostały przygotowane oddzielnie dla poszczególnych gmin. Zgodnie z przepisem art. 83 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający publiczny, przed wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia, dokonuje analizy potrzeb i wymagań, uwzględniając rodzaj i wartość zamówienia. Z przepisów ustawy Pzp nie wynika, że w sytuacji takiej jak ma miejsce w tym postępowaniu (tj. gdy zamawiający zamierzają wspólne udzielić zamówienia, a jeden z nich przygotowuje i prowadzi postępowanie) analiza potrzeb i wymagań musi zostać sporządzona łącznie dla wszystkich zamawiających w formie jednego dokumentu. Niezależnie od tego należy zauważyć, że odwołujący nie wykazał żadnych konkretnych rozróżnień pomiędzy ww. dwoma sposobami sporządzenia analizy potrzeb i wymagań (łącznie/oddzielnie dla poszczególnych zamawiających), które mogą mieć istotne znaczenia dla tego postępowania i stanowić o jego niemożliwej do usunięcia wadzie uniemożliwiającej zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego (co i tak nie stanowi przedmiotu zarzutu). Odwołujący ogólnie stwierdził, że oddzielne sporządzenie analiz nie uwzględnia „rodzaju i wartości zamówienia, a w konsekwencji prowadzi do błędnych wniosków rozszerzonych na wszystkich zamawiających. Wśród zamawiających są gminy o różnym charakterze tj. gminy miejskie, gminy wiejskie, gminy miejsko – wiejskie posiadające swoją specyfikę i wymagania, które różnią się, co powinno zostać uwzględnione w analizie; a analizy te są identyczne poza trzema tabelami (zawierającymi dane o ilości odpadów, o szacunkowych kwotach, o przykładowych przetargach) – z czego nie da się wyprowadzić prawidłowych wniosków dla postępowania”. Żadna konkretna argumentacja w tym zakresie nie została jednak przedstawiona. Wskazanie szacunkowych wartości zamówienia oddzielnie dla poszczególnych gmin (a nie łącznie) nie może być uznane za jakąkolwiek nieprawidłowość w prowadzeniu postępowania. Otrzymanie łącznej wartości zamówienia sprowadza się do dokonania prostego działania rachunkowego. Zarzut, że analizy dotyczą również usługi transportu odpadów jest niezrozumiały, gdyż zakresem zamówienia objęta jest również usługa transportu odpadów. Raz jeszcze należy przypomnieć, że o przedmiocie postępowania nie przesądza nadana mu nazwa. W odniesieniu do podniesionej w odwołaniu kwestii braku publikacji porozumienia zawartego pomiędzy gminami wymaga zauważenia, że odwołujący nie wskazał na jakiej podstawie prawnej opiera istnienie takiego obowiązku zamawiającego. Na dzień rozpoznania odwołania analizy były zamieszczone na wszystkich stronach BIP gmin, co m.in. wynika z dowodów złożonych przez przystępującego w postaci wydruków z tych stron.

Izba pominęła zarzuty dotyczące przyjęcia w analizach błędnego założenia, że procedura *in-house* jest korzystniejsza dla zamawiających, gdyż kwestia ta wychodzi poza zakres kompetencji Izby. Izba nie ocenia działań zamawiającego pod kątem efektywności czy gospodarności, a jedynie w zakresie zgodności z przepisami ustawy Pzp. Za niezrozumiałe należy uznać zarzut, iż w treści analiz wskazano, że wybrany tryb nie narusza *de facto* zasad konkurencyjności. Wymaga przypomnienia, że tryb zamówienia z wolnej ręki jest trybem niekonkurencyjnym, a jego zastosowanie wymaga spełnienia przesłanek określonych przepisami ustawy Pzp, co podlega ocenie Izby.

Odnosząc się do twierdzeń odwołującego przedstawionych w ramach zarzutu wprowadzenia „*możliwości stosowania podwykonawstwa, a rzeczywiście zamiaru powierzenia wykonawstwa Spółce, która nie ma możliwości samodzielnego – bez powierzenia części zamówienia dotyczącego głównego przedmiotu podwykonawcom – wykonania przedmiotu zamówienia*” należy wskazać co następuje:

1. Odwołujący stwierdził, że w przedmiocie zamówienia polegającym na odbiorze i transporcie nie można wskazać czynności innych niż główne, a tylko czynności poza głównym przedmiotem zamówienia wykonawca może zlecić podwykonawcy. Po pierwsze, odwołujący nie wskazał żadnego postanowienia umowy, do którego zarzut ten miałby się odnosić. Po drugie, wskazane powyżej rozwiązanie pozostaje w zgodności z przepisem art. 214 ust. 9 ustawy Pzp. W myśl tego przepisu wykonawca, któremu udzielono zamówienia na podstawie ust. 1 pkt 11-13, nie może powierzyć wykonania części zamówienia podwykonawcy, która dotyczy głównego przedmiotu zamówienia. Przewidzenie postanowienia stanowiącego powielenie ww. przepisu ustawy Pzp nie może stanowić jego naruszenia. Odrębną kwestią jest zakres jego zastosowania w konkretnych okolicznościach. O naruszeniu tego przepisu jak i postanowienia umownego można zatem mówić na etapie realizacji umowy, co nie podlega kognicji Krajowej Izby Odwoławczej.
2. Odwołujący stwierdził, iż zamawiający ma świadomość, że Spółka nie ma możliwości samodzielnego wykonania przedmiotu zamówienia, co jest warunkiem koniecznym do zastosowania trybu z wolnej ręki, ponieważ nie dysponuje odpowiednio dużym zapleczem sprzętowym i osobowym, co udowodniła w pierwszej kolejności: A) wielokrotnie zlecając w latach 2019-2021 główny przedmiot zamówienia – odbiór i transport, w skład którego wchodzi także obsługa punktów przeładunkowych, dzięki którym Spółka wykazuje wskaźnik posiadania bazy w odległości 60 km – co stanowi zatem element głównego przedmiotu zamówienia, a także zagospodarowanie odpadów – podwykonawcom w różnych formach, w tym za pośrednictwem przetargów oraz współpracy cywilnoprawnej; B) analiza wymagań sprzętowych dla poszczególnych

gmin na przestrzeni ostatnich 3 lat potwierdza, że chcąc wykonywać obecne zamówienie Spółka powinna posiadać większy park maszynowy (około 20 samochodów o wymaganej pojemności), a nie 14 wymagane dokumentacją obecnie prowadzonego postępowania. Odnosząc się do powyższego należy stwierdzić, że przedstawione przez odwołującego twierdzenia nie mogą świadczyć o naruszeniu przepisów art. 214 ust. 1 pkt 13 ustawy Pzp w zw. z art. 214 ust. 9 ustawy Pzp, jak i przepisów art. 216 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 272 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z pkt 1 ppkt 2 załącznika nr 2 Rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie ogłoszeń zamieszczanych w Biuletynie Zamówień Publicznych. Pierwszy z wymienionych przepisów określa przesłanki zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki (ww. twierdzenia nie dotyczą tych przesłanek), a w odniesieniu do drugiego aktualna pozostaje argumentacja przedstawiona w punkcie pierwszym. Przepisy art. 216 ust. 1 oraz art. 272 ust. 1 ustawy Pzp dotyczą zamieszczania ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych, a zgodnie z pkt 1 ppkt 2 załącznika nr 2 ww. rozporządzenia ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy zawiera nazwę zamówienia publicznego nadaną przez zamawiającego. Ciężko zatem odnieść się twierdzeń odwołującego, jeżeli nie można ich powiązać z przepisami ustawy Pzp, które zdaniem odwołującego zamawiający miałby naruszyć. Jedynie zatem dodatkowo należy zauważyć, że ww. twierdzenia nie zostały przez odwołującego udowodnione. W szczególności dotyczy to twierdzenia, że wykonawca realizujący umowę winien posiadać większy park maszynowy. Należy podkreślić, że istotne znaczenie mają zasoby obecnie posiadane przez wykonawcę, a nie zasoby, którymi dysponował w poprzednich latach.

Zarzut przyjęcia przez zamawiającego błędnej metody wyliczenia wskaźnika progu ponad 90% działalności kontrolowanej przez podmioty powierzające poprzez przyjęcie danych (w dodatku niepełnych) dotyczących średniego przychodu za 3 lata poprzedzające udzielenie zamówienia (analiza historyczna), podczas gdy są one z uwagi na przeprowadzoną reorganizację Spółki nieadekwatne i Zamawiający zobowiązany był w związku z tym do sporządzenia wiarygodnych prognoz handlowych został oparty na błędnym założeniu, tj. że sam fakt przeprowadzenia reorganizacji implikuje konieczność wyliczenia ww. wskaźnika na podstawie prognoz handlowych, a nie danych historycznych. Zgodnie z przepisem art. 214 ust. 5 ustawy Pzp do obliczania procentu działalności, o którym mowa w ust. 1 pkt 11 lit. b, pkt 12 lit. b, pkt 13 lit. b i pkt 14 lit. c, uwzględnia się średni przychód osiągnięty przez osobę prawną lub zamawiającego w odniesieniu do usług, dostaw lub robót budowlanych za 3 lata poprzedzające udzielenie zamówienia. Natomiast zgodnie z przepisem 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. Jak zatem wynika z drugiego z przywołanych powyżej przepisów podstawę obliczenia procentu działalności, o którym mowa w art. 214 ust. 5 ustawy Pzp, powinny stanowić prognozy handlowe, jeżeli dane dotyczące średniego przychodu za 3 lata poprzedzające udzielenie zamówienia są nieadekwatne, co może być spowodowane reorganizacją działalności osoby prawnej lub zamawiającego. Nie oznacza to jednak, że każda reorganizacja działalności któregośkolwiek z tych podmiotów skutkuje obowiązkiem ustalenia ww. procentu działalności za pomocą prognoz handlowych, a tylko taka reorganizacja, której wynikiem jest nieadekwatność danych historycznych. Stawiając taki zarzut odwołujący winien by zatem wskazać (i udowodnić) okoliczności potwierdzające, że dokonana reorganizacja działalności przystępującego spowodowała nieadekwatność danych dotyczących średniego przychodu za 3 lata poprzedzające udzielenie zamówienia. Takie okoliczności nie zostały w odwołaniu wskazane. Odwołujący ograniczył się wyłącznie do wskazania okoliczności, które mają potwierdzać fakt przeprowadzonej reorganizacji (str. 45 i 46 odwołania), a nie że wskutek dokonanej reorganizacji dane historyczne stały się nieadekwatne. Zasadność podniesionego w tym zakresie zarzutu nie została zatem przez odwołującego wykazana.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba orzekła, jak w punkcie pierwszym sentencji, na podstawie art. 553 oraz art. 554 ust. 1 pkt 1 *a contrario* ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557, 574 i 575 ustawy Pzp oraz § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Mając na uwadze powyższe, Izba orzekła jak w sentencji.

Przewodniczący:

.....

.....

.....