

Chojna, 9 marca 2021 r.

DIR.271.1.2.2021.MA

Dotyczy: postępowanie na podstawie art. 130 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 pkt 18, art. 214 ust. 1 pkt 13 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 z późn. zm.) pn.: „Świadczenie usługi odbioru i transportu odpadów komunalnych powstających na terenach nieruchomości zamieszkałych gminy Chojna i gminy Widuchowa oraz zagospodarowanie tych odpadów w latach 2021 i 2022”, ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy nr 2021/BZP 00011450/01 z dnia 2021-02-26.

ZAWIADOMIENIE O ZŁOŻENIU ODWOŁANIA ORAZ WEZWANIE DO PRZYSTĄPIENIA DO POSTĘPOWANIA ODWOŁAWCZEGO

Działając na podstawie art. 524 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 z późn. zm.) Zamawiający zawiadamia, że w trakcie postępowania otrzymał w dniu 8 marca 2021 r. kopię odwołań.

Odwołania zostały wniesione przez:

- 1) **ATF Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Chojnicy;**
- 2) **Spółka Gmin Dolnej Odry Sp. z o.o. z siedzibą w Chojnie.**

Treść odwołań w załączeniu.

Mając na uwadze powyższe oraz zgodnie z postanowieniem art. 524 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, Zamawiający wzywa Wykonawców do przystąpienia do postępowania odwoławczego.

Wykonawca może zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania, wskazując stronę, do której przystępuje i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje. Zgłoszenie przystąpienia doręcza się Prezesowi KIO w postaci papierowej albo elektronicznej opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym, a jego kopię przesyła się Zamawiającemu oraz Wykonawcy wnoszącemu odwołanie (art. 525 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych). Zgodnie z postanowieniem art. 525 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych Wykonawcy, którzy przystąpili do postępowania odwoławczego, stają się uczestnikami postępowania odwoławczego, jeżeli mają interes w tym, aby odwołanie zostało rozstrzygnięte na korzyść jednej ze stron.

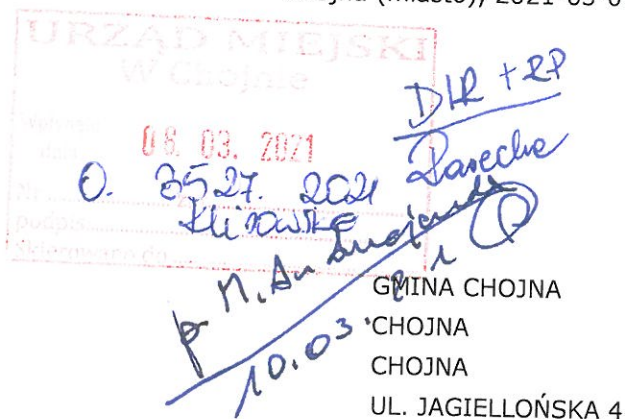
BURMISTRZ
Dawecia
mgr Barbara Rawecka

Załączniki:

1. Załącznik nr 1 – kopia odwołania ATF Sp. z o.o. Sp. k.
2. Załącznik nr 1 – kopia odwołania Spółka Gmin Dolnej Odry Sp. z o.o.

Spółka Gmin Dolnej Odry Sp. z o.o.
74-500 Chojna
Chojna
Klasztorna 1
NIP: 8581853919
REGON: 362189741

Chojna (miasto), 2021-03-07



ODWOŁANIE

Odwołanie SGDO spółka z o.o. z siedzibą w Chojnie nr 2021/BZP/00011450/01

Treść wiadomości : Działając w imieniu SGDO Sp. Z o.o. z siedzibą w Chojnie przesyłam Państwu w załączeniu odpis odwołania złożonego dzisiaj do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

ODWOŁANIE DOTYCZY: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie z wolnej ręki pn. „Świadczenie usługi odbioru i transportu odpadów komunalnych powstających na terenach nieruchomości zamieszkałych gminy Chojna i gminy Widuchowa oraz zagospodarowanie tych odpadów w latach 2021 i 2022”, ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy opublikowano w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr 2021/BZP/00011450/01 w dniu 26 lutego 2021 r.

Uprzejmie proszę o potwierdzenie otrzymania niniejszej wiadomości

Załączniki:

- [1. odwołanie - chojna 8.03.21 podpisane.pdf](#)
- [2. KRS odpis aktualny_571601_1615192099318.pdf](#)
- [3. KIO przelew 08032021.pdf](#)

Dokument został podpisany, aby go zweryfikować należy użyć
oprogramowania do weryfikacji podpisu

Data złożenia podpisu: 2021-03-08T15:26:42.402+01:00

Podpis elektroniczny

Chojna 2021-03-08

Do
Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej
Krajowa Izba Odwoławcza
ul. Postępu 17A
02-676 Warszawa

Odwołujący: Spółka Gmin Dolnej Odry spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Chojnie
-numer telefonu 885 130 170
-adres poczty elektronicznej odwołującego biuro@sgdo.pl

Reprezentowany przez:
Cezarego Krzyżanowskiego - Prezesa Zarządu

Zamawiający: zamawiający wspólnie prowadzący postępowanie oraz udzielający zamówienia:

1. Gmina Chojna
ul. Jagiellońska 4,
74-500 Chojna
e-mail: info@chojna.pl
faks: +48 91 414 11 17
tel.: +48 91 414 10 35 wew. 31
2. Gmina Widuchowa
ul. Grunwaldzka 8,
74-120 Widuchowa
e-mail: org@widuchowa.pl

Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie z wolnej ręki pn. „Świadczenie usługi odbioru i transportu odpadów komunalnych powstających na terenach nieruchomości zamieszkałych gminy Chojna i gminy Widuchowa oraz zagospodarowanie tych odpadów w latach 2021 i 2022”, ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy opublikowano w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr 2021/BZP/00011450/01 w dniu 26 lutego 2021 r. (identyfikator postępowania ocds- 148610-b26fb68a-7765-11eb-86b1-a64936a8669f) oraz w Biuletynie Informacji Publicznej Gminy Chojna w dniu 26 lutego 2021 r. („Postępowanie”).

ODWOŁANIE

Działając w imieniu Odwołującego, na podstawie art. 513 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019 z późn. zm.) zwanej dalej PZP, **zaskarżam czynność** podjętą przez Gminę Chojna z siedzibą w Chojnie ul. Jagiellońska 4 74-500 Chojna (

Zamawiający 1) i Gminę Widuchowa z siedzibą w Widuchowej ul. Grunwaldzka 8 74-120 Widuchowa (Zamawiający 2) polegającą na wszczęciu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie z wolnej ręki pn. „Świadczenie usługi odbioru i transportu odpadów komunalnych powstających na terenach nieruchomości zamieszkałych gminy Chojna i gminy Widuchowa oraz zagospodarowanie tych odpadów w latach 2021 i 2022” ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy opublikowano w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr 2021/BZP/00011450/01 w dniu 26 lutego 2021 r. (identyfikator postępowania ocids- 148610-b26fb68a-7765-11eb-86b1-a64936a8669f) i zamiarze jego udzielenie Przedsiębiorstwu Usług Komunalnych spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Chojnie (PUK Chojna) zgodnie z informacją o zamiarze zawarcia umowy opublikowaną w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr 2021/BZP/00011450/01 w dniu 26 lutego 2021 r. i na stronie Biuletynu Informacji Publicznej Gminy Chojna w dniu 26 lutego 2021 roku.

Opisanym wyżej czynności Zamawiającego zarzucam naruszenie:

- 1) art. 214 ust. 1 pkt 13 PZP poprzez przyjęcie że na w/w podstawie prawnej jest możliwe udzielenie zamówienia publicznego przez Zamawiającego 1 i Zamawiającego 2 dla PUK Chojna, w sytuacji gdy zamawiający (obaj), nie mają nad ww. wykonawcą kontroli, odpowiadającą kontroli, sprawowanej przez nich nad własnymi jednostkami;
- 2) art. 214 ust. 1 pkt 13 w związku z ust. 9 PZP poprzez przyjęcie, że możliwe jest powierzenie zamówienia wykonawcy w trybie zamówienia in-house, który nie ma infrastruktury i nie spełnia wymogów do wykonania głównego przedmiotu zamówienia w zakresie zagospodarowania odpadów;
- 3) art. 214 ust.1 pkt 13 w związku z ust. 6 i ust. 7 PZP poprzez niewykazanie przez Zamawiającego 1 i Zamawiającego 2 przesłanek do zastosowania trybu z wolnej ręki poprzez przyjęcie, że Zamawiający sprawują na PUK Chojna kontrolę a zakup 22 udziałów przez Zamawiającego 2 stanowi „reorganizację ich działalności”, o której mowa w art 214 ust. 6 PZP a zakup udziałów może świadczyć o pozorności reorganizacji działalności;
- 4) art. 214 ust. 1 pkt 13 w związku z ust. 6 PZP poprzez przyjęcie, że prognoza handlowa jest wiarygodna, podczas gdy obaj Zamawiający nie przedstawili żadnego dokumentu poświadczającego jej wiarygodność a zapis w ogłoszeniu zawiera stwierdzenie, że prognoza handlowa stanowi tajemnicę przedsiębiorcy; a który to dokument powinien stanowić własność i analizę Zamawiających.

W związku z powyżej wskazanymi zarzutami wnoszę o:

- 1) merytoryczne rozpatrzenie przez Krajową Izbę Odwoławczą odwołania i jego uwzględnienie w całości;
- 2) nakazanie zamawiającemu unieważnienie postępowania na podstawie art. 255 pkt 6 PZP ponieważ postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, polegającą na wszczęciu postępowania w trybie z wolnej ręki (niekonkurencyjnym) ;
- 3)zasądzenie od Zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa prawnego, według norm przepisanych i zgodnie z fakturą przedstawioną przez odwołującego na rozprawie.

Wymagania formalne odwołania

Zgodnie z przepisem art. 515 ust. 3 pkt 1 PZP odwołanie zostało wniesione w terminie 10 dni od dnia powzięcia wiadomości – a wartość przedmiotu zamówienia przekracza progi unijne – i wynosi 8 156 072 zł 40 gr.

Odwołujący powziął informację o okolicznościach stanowiących podstawę wniesienia niniejszego odwołania w dniu 26 lutego 2021 r., na podstawie ogłoszenia na stronie BIP Gminy Chojna. W związku z powyższym termin do wniesienia niniejszego odwołania pozostaje zachowany. **Kopia niniejszego odwołania została Zamawiającemu przesłana w dniu 8 marca 2021 r.**

Odwołujący posiada interes do wniesienia niniejszego odwołania, polegający na braku możliwości udziału w postępowaniu w trybie konkurencyjnym, pominięciu innych zainteresowanych wykonawców i w uzyskaniu zamówienia. Jednocześnie w wyniku naruszenia przez Zamawiającego powołanych przepisów ustawy PZP, Odwołujący mógł ponieść szkodę w postaci braku możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia.

UZASADNIENIE

Zamawiający 1 i Zamawiający 2 prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie z wolnej ręki, którego przedmiotem jest „Świadczenie usługi odbioru i transportu odpadów komunalnych powstających na terenach nieruchomości zamieszkałych gminy Chojna i gminy Widuchowa oraz zagospodarowanie tych odpadów w latach 2021 i 2022”. Zamawiający określił wartość zamówienia na kwotę 8 156 072 zł 40 gr. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 26 lutego 2021 r. i w Biuletynie Informacji Publicznej Gminy Chojna w dniu 26 lutego 2021r.

W ocenie Odwołującego czynność podjęta przez Zamawiającego tj ogłoszenie o zamiarze udzielania Przedsiębiorstwu Usług Komunalnych spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Chojnie (PUK Chojna) nastąpiło z naruszeniem przepisów PZP wskazanych w zarzutach.

W dniu 8 grudnia 2020 roku Rada Gminy Widuchowa podjęła uchwałę Nr XXIII/168/2020 w sprawie wyrażenia zgody na nabycie przez Gminę Widuchowa udziałów w PUK Chojna.

W dniu 17 grudnia 2020 roku Rada Miejska w Chojnie podjęła uchwałę Nr XXVI/207/2020 w sprawie wyrażenia zgody na zbycie Gminie Widuchowa 22 udziałów w PUK Chojna.

Tym samym Gmina Chojna stała się właścicielem 0,25% udziałów w spółce.

Zamawiający 1 i Zamawiający 2 nie wskazali w jaki sposób sprzedaż 0,25% udziałów Gminie Widuchowa wpłynęła na reorganizację PUK Chojna, która uzasadniałaby zastosowanie przepisu art 214 ust. 6 PZP.

Przepisy art 214 ust. 1 pkt 13 PZP wskazują, że możliwe będzie udzielenie zamówienia z wolnej ręki takiej osobie prawnej, nad którą zamawiający sprawuje kontrolę, odpowiadającą kontroli sprawowanej nad własnymi jednostkami, polegającą na dominującym wpływie na cele strategiczne oraz istotne decyzje dotyczące zarządzania sprawami tej osoby prawnej. Definicja "sprawowania kontroli nad jednostką" została zaczerpnięta bezpośrednio z art. 12 ust. 1 dyrektywy klasycznej, która uwzględniła w tym przepisie wnioski płynące z orzecznictwa Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości, tj. przede wszystkim orzeczenia ws. Teckal (C-107/98) oraz orzeczenia ws. Parking Brixen (C-458/03). Interpretacja pojęcia "sprawowania kontroli nad jednostką" wymaga zatem uwzględnienia przede wszystkim wykładni europejskiej

i nie należy jej rozumieć tylko jako sprawowania kontroli administracyjnej nad taką jednostką. Jednostka kontrolowana przez zamawiającego to taka, której niezależność od zamawiającego ma charakter formalny (jest to odrębna osoba prawna), ale pozostaje zamawiającemu ściśle podległa. Podległość wyraża się poprzez pełną zależność organizacyjną i gospodarczą od instytucji zamawiającej. Zamawiający musi sprawować niezaprzeczną kontrolę nad instytucją kontrolowaną. W wyroku Coditel (C-324/07) ETS zauważył, że *istotne jest, by kontrola nad koncesjonariuszem (jednostką zależną) była skuteczna*. Wnioski płynące z tych orzeczeń potwierdzają, że odrębność prawna podległej zamawiającemu osoby prawnej ma tylko formalne znaczenie, a instytucja kontrolująca winna mieć bardzo szeroki wachlarz oddziaływań na jednostkę kontrolowaną, aby można jej było udzielić zamówienia z wolnej ręki.

W orzeczeniu Coditel ETS stwierdził, że *przejawem takiej kontroli jest co najmniej udział przedstawicieli instytucji zamawiającej w organach decyzyjnych instytucji podległej*. W orzeczeniu ETS ws. Carbotermo (C-340/04) stwierdzono, że *okoliczność, że instytucja zamawiająca posiada (...), całość kapitału zakładowego spółki, której udzielono zamówienia, wydaje się wskazywać - jednakże w sposób nieprzesądzający - że instytucja zamawiająca sprawuje nad tą spółką kontrolę analogiczną do sprawowanej nad własnymi służbami*.

Na podstawie tego orzeczenia można wskazać, że prawo zamawiającego, które polega jedynie na wykonywaniu kompetencji przyznanych z mocy prawa spółek (kodeks spółek handlowych), jest niewystarczające do stwierdzenia, że zamawiający sprawuje nad taką osobą prawną kontrolę odpowiadającą kontroli sprawowanej nad własnymi jednostkami - jeśli z innych regulacji wynika, że jest to prawo ograniczone. Posiadanie przez zamawiającego całości kapitału zakładowego osoby prawnej może być zatem uznane za niewystarczające do udzielenia takiej osobie prawnej zamówienia w trybie z wolnej ręki, jeśli np. z aktu powołującego osobę prawną wynika, że jednostka zamawiająca jest ograniczona w wykonywaniu pełnego prawa głosu z przysługujących jej udziałów na walnym zgromadzeniu (zgromadzeniu wspólników) lub w jakikolwiek inny sposób nie ma pełnej swobody w ustalaniu celów strategicznych tej osoby prawnej etc. Kontrola odpowiadająca kontroli sprawowanej nad własnymi jednostkami nie oznacza przy tym, że musi być to kontrola identyczna jaką jednostka nadzorująca ma nad własnymi jednostkami organizacyjnymi, oznacza to natomiast, że każdorazowo musi to być kontrola skuteczna.

Kontrola odpowiadająca kontroli sprawowanej nad własnymi jednostkami, to taka, która polega na dominującym wpływie na cele strategiczne oraz istotne decyzje dotyczące zarządzania sprawami tej osoby prawnej. Poprzez dominujący wpływ na cele strategiczne należy rozumieć określanie przez instytucję zamawiającą celów instytucji podległej, a także możliwość zatwierdzania (i uchylania) celów projektowanych przez samą jednostkę. **Podkreślenia wymaga okoliczność, iż tą kontrolę muszą sprawować obaj Zamawiający.** Przepisy PZP i Dyrektywy 2014/24/UE dopuszczają udzielenie zamówienia z wolnej ręki przez więcej niż jednego zamawiającego danej osobie prawnej, ale wyłącznie wtedy, gdy zamawiający ci sprawują nad tą spółką poziom kontroli określony w przepisie art 214 ust. 1 pkt 13 lit. a PZP. Możliwość wydawania jednostce podległej wiążących poleceń (zarówno w ujęciu strategicznym, jak i działalności bieżącej) również jest przejawem kontroli spełniającej przesłanki z tego przepisu. Zamawiający nie wyjaśnił w jaki sposób Zamawiający 2, przy ilości udziałów jakie posiada, będzie sprawował skuteczną kontrolą na PUK Chojna. Mając 0,25% udziałów nie ma w rzeczywistości

żadnego wpływu na działalność PUK Chojna. W związku z powyższym warunek ustawowy nie został spełniony.

Przepis art. 214 ust. 1 pkt 13 w związku z ust. 9 PZP wskazuje, że możliwe jest powierzenie zamówienia wykonawcy w trybie zamówienia in-house, który nie spełnia wymogów do wykonania głównego przedmiotu zamówienia w zakresie zagospodarowania odpadów. Przedmiotem zamówienia jest „Świadczenie usługi odbioru i transportu odpadów komunalnych powstających na terenach nieruchomości zamieszkałych gminy Chojna i gminy Widuchowa oraz zagospodarowanie tych odpadów w latach 2021 i 2022”. Te usługi są odrębne i niezależne od siebie.

PUK Chojna nie dysponuje instalacją do zagospodarowania odpadów komunalnych i nie prowadzi tego typu działalności – wpis w KRS PUK Chojna. Wykonawca, któremu udzielono zamówienia w trybie tzw. zamówienia in-house, "nie może powierzyć wykonania części zamówienia podwykonawcy, która dotyczy głównego przedmiotu zamówienia".

Główny przedmiot należałoby rozumieć jako części najważniejsze, najbardziej newralgiczne, stanowiące trzon zamówienia. Przy czym chodzi nie o ich ilość, lecz zakres przedmiotowy. W przypadku zamówienia w przedmiocie zagospodarowania i odbierania odpadów można tu mówić o usługach związanych z ich odbieraniem i transportem oraz zagospodarowaniem na wskazanej instalacji.

W świetle podniesionych w niniejszym odwołaniu zarzutów naruszenia przez Zamawiającego wymienionych przepisów ustawy z 11.09.2019 r. – Prawo zamówień publicznych oraz powołanych okoliczności nie ulega wątpliwości, iż dokonane naruszenia przepisów ustawy z 11.09.2019 r. – Prawo zamówień publicznych miały istotny wpływ/mogły mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Z tych względów niniejsze Odwołanie pozostaje konieczne i uzasadnione.

Załączniki:

- 1) dowód uiszczenia wpisu od odwołania w wysokości 15 000 zł;
- 2) dowód przesłania kopii odwołania zamawiającemu w dniu 8 marca 2021 r.;
- 3) opisy KRS odwołującego - dokument potwierdzający umocowanie do reprezentowania odwołującego.

**Cezary
Krzyżanowski**

Elektronicznie
podpisany przez
Cezary Krzyżanowski
Data: 2021.03.08
07:27:21 +01'00'

Warszawa, 8 marca 2021 roku

Do:

**Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej
ul. Postępu 17a, 02-676 Warszawa**

Zamawiający:

zamawiający wspólnie prowadzący postępowanie
oraz udzielający zamówienia:

- 1) Gmina Chojna
ul. Jagiellońska 4, 74-500 Chojna
e-mail: info@chojna.pl
zam_publiczne@chojna.pl
tel.: 91 414 10 35
REGON 811684574
- 2) Gmina Widuchowa
ul. Grunwaldzka 8, 74-120 Widuchowa
e-mail: org@widuchowa.pl
tel.: 91 416 72 55
NIP: 858-17-26-084

Odwołujący:

ATF Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością
Spółka komandytowa
Chojnica 2, 78-650 Mirosławiec
nr KRS: 0000549953

reprezentowany przez pełnomocnika:

r pr. Tomasza Michalczyka
z kancelarii prawnej
Domański Zakrzewski Palinka sp. k.
adres do doręczeń:
ul. Rondo ONZ 1, XXI piętro, 00-124 Warszawa
e-mail: tomasz.michalczyk@dzp.pl
faks: 22 557 76 01
tel.: 22 557 76 00

Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie z wolnej ręki pn. *Świadczenie usługi odbioru i transportu odpadów komunalnych powstających na terenach nieruchomości zamieszkałych gminy Chojna i gminy Widuchowa oraz zagospodarowanie tych odpadów w latach 2021 i 2022*, nr ref. DIR.271.1.2021, ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy opublikowano w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr 2021/BZP 00011450/01 w dniu 26 lutego 2021 r. oraz w Biuletynie Informacji Publicznej Gminy Chojna w dniu 26 lutego 2021 r. („Postępowanie”)

ODWOŁANIE

1. Działając na podstawie art. 513 ustawy Prawo zamówień publicznych¹ („PZP”) i art. 505 ust. 1 PZP w związku z art. 515 ust. 3 pkt 1 PZP w imieniu **ATF Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa** z siedzibą w Chojnicy (Chojnica 2, 78-650 Mirosławiec, nr KRS 0000549953), („**Odwołujący**”) w oparciu o udzielone mi pełnomocnictwo (**Załącznik nr 3** do odwołania), niniejszym **zaskarżam czynność podjętą przez Gminę Chojna** z siedzibą w Chojnie (ul. Jagiellońska 4, 74-500 Chojna) („**Zamawiający 1**”) **oraz Gminę Widuchowa** z siedzibą w Widuchowej (ul. Grunwaldzka 8, 74-500 Widuchowa) („**Zamawiający 2**”) (zwanym dalej łącznie „**Zamawiającymi**”) polegającą na wszczęciu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie z wolnej ręki pn. *Świadczenie usługi odbioru i transportu odpadów komunalnych powstających na terenach nieruchomości zamieszkałych gminy Chojna i gminy Widuchowa oraz zagospodarowanie tych odpadów w latach 2021 i 2022*, nr ref. DIR.271.1.2021, i zamiarze jego udzielenia **Przedsiębiorstwu Usług Komunalnych w Chojnie Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** z siedzibą w Chojnie (adres: ul. Słowiańska 1, 74-500 Chojna) („**PUK Chojna**” lub „**Spółka**”) zgodnie z informacją o zamiarze zawarcia umowy opublikowaną w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr 2021/BZP 00011450/01 w dniu 26 lutego 2021 r. oraz w Biuletynie Informacji Publicznej Gminy Chojna w dniu 26 lutego 2021 r. („**Ogłoszenie**”).
2. Opisanej powyżej czynności Zamawiających **zarzucam naruszenie:**
 - 2.1. art. 214 ust. 1 pkt 13 PZP w związku z art. 12 ust. 3 Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE² („**Dyrektywa 2014/24/UE**”) – **poprzez przyjęcie**, że możliwym jest udzielenie zamówienia wspólnie przez Zamawiającego 1 i Zamawiającego 2 wykonawcy PUK Chojna, **podczas gdy** Zamawiający 1 i Zamawiający 2 nie sprawują wspólnie nad PUK

¹ Ustawa z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 ze zm.).

² Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE (Dz.U. UE L 94 z 28.03.2014, str. 65).

Chojna kontroli, która odpowiada kontroli sprawowanej przez ich nad własnymi jednostkami,

- 2.2. art. 214 ust. 1 pkt 13 PZP w zw. z art. 216 ust. 1 w zw. z art. 272 PZP w zw. z pkt. 4 ppkt 2) oraz pkt. 5 ppkt 2) załącznika nr 2 do rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii w sprawie ogłoszeń zamieszczanych w Biuletynie zamówień publicznych z dnia 23 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2439) („Rozporządzenie”) – **poprzez** brak zamieszczenia pełnego uzasadnienia faktycznego i prawnego wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki w Ogłoszeniu oraz poprzez brak podania krajowego numeru identyfikacyjnego podmiotu, z którym ma być zawarta umowa, **podczas gdy** informacje te są wymagane i konieczne, co wynika wprost z przywołanych przepisów;
- 2.3. art. 214 ust. 1 pkt 13 PZP w zw. z art. 216 ust. 1 w zw. z art. 272 PZP w zw. z pkt. 3 ppkt 8) załącznika nr 2 do Rozporządzenia – **poprzez** brak zamieszczenia w krótkim opisie przedmiotu zamówienia w informacji o zamiarze zawarcia umowy zamieszczonej w Ogłoszeniu informacji o wielkość i ilość usług lub określenie zapotrzebowania i wymagań, **podczas gdy** informacje te są wymagane i konieczne, co wynika wprost z przywołanych przepisów,
- 2.4. art. 214 ust. 1 pkt 13 PZP w związku z art. 214 ust. 9 PZP – **poprzez** przyjęcie, że możliwym jest udzielenie zamówienia wspólnie przez Zamawiającego 1 i Zamawiającego 2 wykonawcy PUK Chojna, którego przedmiotem ma być usługa odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych, powstających na nieruchomościach zamieszkałych, **podczas gdy** PUK Chojna nie posiada infrastruktury i możliwości świadczenia usług zagospodarowania tych odpadów, a tym samym nie jest możliwe, aby PUK Chojna osobiście wykonała kluczowe części zamówienia, które ma zostać udzielone tej spółce,
- 2.5. art. 214 ust. 1 pkt 13 PZP w związku z art. 214 ust. 5 i 6 PZP oraz art. 12 ust. 5 Dyrektywy 2014/24/UE - **poprzez** przyjęcie, że dane dotyczące średniego przychodu za 3 lata poprzedzające udzielenie planowanego zamówienia dotyczące PUK Chojna są nieadekwatne i w związku z tym, procent działalności wykonywanej przez PUK Chojna na potrzeby zastosowania trybu z wolnej ręki można ustalić za pomocą wiarygodnych prognoz handlowych, **podczas gdy** dane dotyczące dotychczasowej działalności PUK Chojna są adekwatne i pokazują, że nie została spełniona przesłanka wskazana w art. 214 ust. 1 pkt. 13 PZP lit. b) PZP i art. 12 ust. 3 Dyrektywy 2014/24/UE,
- 2.6. art. 214 ust. 1 pkt. 13 PZP w związku z art. 214 ust. 5 PZP oraz art. 214 ust. 6 PZP w związku z art. 12 ust. 5 Dyrektywy 2014/24/UE oraz art. 214 ust. 7 PZP – **poprzez** przyjęcie, że w zaistniałym w sprawie stanie faktycznym zachodzą przesłanki do udzielenia zamówienia z wolnej ręki, **podczas gdy** Zamawiający 1 i Zamawiający 2 nie wykazali zaistnienia przesłanki uprawniającej do zastosowania trybu z wolnej ręki na podstawie tego przepisu dotyczącej procentu działalności wykonywanej przez PUK Chojna na rzecz Zamawiających rzekomo sprawujących nad nim kontrolę i bezzasadnie przyjęli, że opisane w Ogłoszeniu okoliczności mogą być uznane za „reorganizację”, o której mowa w art. 214 ust. 6 PZP i art. 12 ust. 5

Dyrektywy 2014/24/UE oraz podczas gdy rzekoma „reorganizacja” została przeprowadzona wyłącznie dla pozoru w rozumieniu art. 214 ust. 7 PZP,

- 2.7. art. 214 ust. 1 pkt 13 PZP w związku z art. 214 ust. 5 PZP oraz art. 214 ust. 6 PZP i w związku z art. 12 ust. 3 Dyrektywy 2014/24/UE oraz art. 12 ust. 5 Dyrektywy 2014/24/UE – poprzez przyjęcie, że prognoza handlowa PUK Chojna jest wiarygodna, podczas gdy Zamawiający 1 i Zamawiający 2 nie przedstawili jakiegokolwiek dokumentu, który mógłby zostać uznany za wiarygodną prognozę handlową i ograniczyli się wyłącznie do zapewnienia, że ponad 90% działalności PUK Chojna ma być wykonywana na ich rzecz, co prowadzi do wniosku, że prognoza handlowa PUK Chojna albo w ogóle nie istnieje, albo jeśli istnieje to jest niewiarygodna, a więc nie może służyć do ustalenia procentu działalności, o którym mowa w art. 214 ust. 1 pkt 13 lit. b) PZP i art. 12 ust. 3 Dyrektywy 2014/24/UE,
- 2.8. art. 214 ust. 1 pkt 13 PZP w zw. z art. 18 ust. 1 PZP art. 74 ust. 1 i 2 PZP oraz art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. 2020 poz. 1913) („UZNK”) - poprzez zaniechanie udostępnienia protokołu postępowania oraz prognoz handlowych rzekomo sporządzonych przez Zamawiającego oraz poprzez bezpodstawne uznanie, że prognozy handlowe stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, podczas gdy Zamawiający w żaden sposób nie wykazał czy prognozy te spełniają przesłanki określone w art. 11 ust. 2 UZNK, a jak wynika z uzasadnienia zawartego w Ogłoszeniu, prognozy zostały sporządzone w oparciu o ogólnie dostępne dane, w tym dostępne prognozy gospodarcze dla polski w zakresie poziomu inflacji i rozwoju przedsiębiorczości, a tym samym nie zawierają informacji, które mogą stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa,
- 2.9. art. 214 ust. 1 pkt 13 PZP w związku z art. 16 pkt 1 PZP oraz art. 17 ust. 1 PZP w związku z art. 129 ust. 2 PZP oraz art. 18 Dyrektywy 2014/24/UE w związku z art. 4 pkt 1 lit. a) i z art. 9 ust. 2 pkt 5 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów³ ("UOKiK") oraz art. 6 ust. 1 UOKiK poprzez przyjęcie, że zgodne z prawem jest wszczęcie Postępowania w trybie niekonkurencyjnym, podczas gdy działanie Zamawiającego 1 i Zamawiającego 2 jest sprzeczne z zasadami konkurencji i stanowi nadużycie pozycji dominującej na rynku właściwym poprzez przeciwdziałanie ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji,
- 2.10. art. 214 ust. 1 pkt 13 PZP i innych wskazanych w treści uzasadnienia niniejszego odwołania, w tym w szczególności art. 83 PZP oraz art. 16 pkt. 1 i art. 17 ust. 1 PZP - poprzez przyjęcie, że w zaistniałym w sprawie stanie faktycznym zachodzą przesłanki do udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 13 PZP a udzielenie zamówienia nie narusza zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji oraz zapewni najlepszą jakość usług w ramach dostępnych środków oraz pozwoli na uzyskanie najlepszych efektów zamówienia, w tym efektów społecznych, środowiskowych oraz gospodarczych w stosunku do poniesionych nakładów podczas gdy Zamawiający 1 i

³ Ustawa z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (tekst jednolity: Dz. U. z 2020 r., poz. 1076, ze zm.).

Zamawiający 2 nie wykazali, że zasady te zostaną zachowane, w szczególności zaniechali przeprowadzenia analizy potrzeb i wymagań, do której są zobowiązani na podstawie art. 83 PZP, co w konsekwencji będzie prowadziło do nieuzasadnionego preferowania tylko jednego z wykonawców zainteresowanych zamówieniem publicznym z pominięciem innych wykonawców działających na rynku właściwym, co stanowi naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, w tym wynikających z art. 49, art. 56, art. 102 i art. 106 Traktatu o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej⁴ („TFUE”) (na konieczność czego wskazuje prounijna interpretacja przepisów PZP oraz orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej).

3. W związku z powyżej wskazanymi zarzutami **wnoszę o:**

- 3.1. merytoryczne rozpatrzenie przez Krajową Izbę Odwoławczą („KIO”) niniejszego odwołania i jego uwzględnienie w całości,
- 3.2. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentacji Postępowania, a także dowodów opisanych szczegółowo w treści niniejszego odwołania oraz dowodów, które zostaną powołane i przedłożone na rozprawie,
- 3.3. nakazanie Zamawiającym unieważnienia Postępowania na podstawie art. 255 pkt. 6) PZP, ponieważ jest ono obciążone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, polegającą na wszczęciu Postępowania w trybie niekonkurencyjnym, pomimo niespełnienia przesłanek ustawowych zezwalających na zastosowanie takiego trybu, a wada ta nie może zostać usunięta w inny sposób,
- 3.4. nakazanie Zamawiającemu ujawnienia i udostępnienia Odwołującemu prognoz handlowych oraz innych dokumentów, o których mowa w Ogłoszeniu,
- 3.5. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów doradztwa prawnego, według norm przepisanych i zgodnie z fakturą przedstawioną przez Odwołującego na rozprawie.
- 3.6. w oparciu o art. 267 TFUE **wnoszę o skierowanie do Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej przez Skład Orzekający Krajowej Izby Odwoławczej w niniejszej sprawie następujących pytań prejudycjalnych dotyczących wykładni przepisów prawa unijnego:**
 1. *Czy art. 12 ust. 1 do ust. 3 Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej Dyrektywę 2004/18/WE należy interpretować w ten sposób, że w przypadku wyłączenia wskazanych w treści tego artykułu zamówień spod zakresu zastosowania dyrektywy, instytucje zamawiające organizując rynek usług świadczonych w ogólnym interesie*

gospodarczym nie są związane innymi postanowieniami TFUE, w tym w szczególności art. 102 w zakresie zakazu nadużywania pozycji dominującej i art. 106 TFUE?

- 2. Czy art. 12 ust. 1-3 Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej Dyrektywę 2004/18/WE należy interpretować w ten sposób, że pozwala on na sytuację, w której całość lub istotna część zamówienia, które zostaje udzielone wykonawcy na jego podstawie, została przez tego wykonawcę następnie podzlecona innemu wykonawcy, którego nie wiążą z zamawiającym (zamawiającymi) jakiejkolwiek relacje, czy też, że mechanizm tzw. zamówień in-house wymaga, aby całość lub istotna część zamówienia udzielanego na jego podstawie była wykonywana osobiście przez wykonawcę, któremu zostaje ono udzielone?*
- 3. Jak należy interpretować zapis „reorganizacja” zawarty w art. 12 ust. 5 Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej Dyrektywę 2004/18/WE, w szczególności czy uzasadnionym jest interpretowanie tego pojęcia w ten sposób, że reorganizacją działalności, o której mowa w tym przepisie, mogą być działania wykonawcy dotyczące jedynie niewielkiego fragmentu prowadzonej działalności gospodarczej, które w normalnych warunkach mogłyby zostać uznane za przejaw zwykłych decyzji biznesowych (np. zmiany właścicielskie w postaci zbycia 0,25% udziałów, pozyskanie nowego rynku przy utrzymaniu identycznego zakresu świadczonych usług, zmiany regulaminu wewnętrznego, zatrudnienie nowych pracowników)?*
- 4. Czy zgodnie z art. 12 ust. 5 Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej Dyrektywę 2004/18/WE reorganizacja działalności wykonawcy w każdym przypadku będzie skutkowałą tym, że automatycznie dane dotyczące prowadzonej działalności z trzech ostatnich lat (dane historyczne) stają się niedostępne lub nieadekwatne czy też w każdym przypadku niezbędna jest indywidualna ocena przeprowadzonej reorganizacji i jej wpływu na możliwość posługiwania się danymi historycznymi dotyczącymi prowadzonej działalności i dopiero w razie potwierdzenia tej nieadekwatności, uprawnionym jest posłużenie się wiarygodnymi prognozami handlowymi, o których mowa w art. 12 ust. 5 zdanie ostatnie Dyrektywy 2014/24/UE?*
- 5. Jak należy interpretować zapis „wiarygodne prognozy handlowe” zawarty w art. 12 ust. 5 Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej Dyrektywę 2004/18/WE i czy w związku z zasadą przejrzystości zamawiający ma obowiązek udostępnienia wykonawcom potencjalnie zainteresowanym danym zamówieniem zarówno „wiarygodnej prognozy finansowej” jak i informacji i dokumentów stanowiących podstawę jej sporządzenia wraz z decyzją o udzieleniu zamówienia na podstawie art. 12 ust. 1 do ust. 3?*

Wymagania formalne odwołania

W związku z faktem, że wartość przedmiotu zamówienia objętego Postępowaniem przekracza progi unijne zgodnie z art. 515 ust. 3 pkt 1 PZP odwołanie wnosi się w terminie 10 dni od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia.

O tym, że **wartość zamówienia przekracza wysokość progów unijnych** świadczy jednoznacznie punkt III.3.5) Ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy opublikowanego zarówno w Biuletynie Informacji Publicznej Gminy Chojna jak i w Biuletynie Zamówień Publicznych, **zgodnie z którym całkowita wartość zamówienia wynosi 8.156.072,40 PLN.**

Wspomniane powyżej ogłoszenie zostało opublikowane zarówno w Biuletynie Informacji Publicznej Gminy Chojna jak i w Biuletynie Zamówień Publicznych w tej samej dacie, tj. w dniu 26 lutego 2021 r.

W świetle powyższego niniejsze odwołanie zostało wniesione w wymaganym przepisami PZP terminie, tj. do 8 marca 2021 r. włącznie.

Jednocześnie Odwołujący informuje, że zgodnie z dyspozycją art. 516 ust. 2 pkt 1 PZP wpis od odwołania w kwocie 15.000 złotych został uiszczony przed dniem wniesienia odwołania, a dowód uiszczenia wpisu jest załączony do odwołania (**Załącznik nr 5** do niniejszego odwołania).

Interes Odwołującego we wniesieniu odwołania

Odwołujący jest uprawniony do wniesienia niniejszego odwołania, ponieważ spełnione zostały przesłanki określone w art. 505 ust. 1 PZP.

Odwołujący wskazuje, iż zaskarżone czynności Zamawiających naruszają interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia, poprzez niezasadne zastosowanie przez Zamawiających trybu zamówienia z wolnej ręki z pominięciem innych zainteresowanych wykonawców, w tym Odwołującego. Bezpośrednim następstwem dokonanych naruszeń przepisów PZP jest szkoda w majątku Odwołującego w postaci braku możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia, do którego wykonywania Odwołujący jest w pełni zdolny i deklaruje taką gotowość.

W przypadku uznania przez Krajową Izbę Odwoławczą zasadności odwołania, a następnie po dokonaniu przez Zamawiających żądanych czynności, Odwołujący będzie mógł uzyskać przedmiotowe zamówienie, co niewątpliwie jest zgodne z jego interesem.

Powyższe niezbicie dowodzi wykazania przez Odwołującego przesłanek z art. 505 ust. 1 PZP uprawniających do wniesienia odwołania.

UZASADNIENIE

1. WPROWADZENIE

- 1.1 Dla lepszej czytelności merytorycznego stanowiska w sprawie Odwołujący w pierwszej kolejności przedstawi opis stanu faktycznego (punkt 2 treści uzasadnienia niniejszego odwołania) a następnie, w kolejnych punktach zaprezentuje uzasadnienie dla poszczególnych zarzutów odwołania (punkty 3 – 12 treści uzasadnienia niniejszego odwołania).
- 1.2 Uzasadnienie dla wniosku o skierowanie pytań prejudycjalnych do Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej przez Skład Orzekający Krajowej Izby Odwoławczej zostało zawarte w punkcie 13 treści uzasadnienia niniejszego odwołania.
- 1.3 W tym miejscu należy również zaznaczyć, że Zamawiający 1 i Zamawiający 2 już w grudniu 2020 r. prowadzili analogiczne postępowanie o udzielenie zamówienia z wolnej ręki na świadczenie usługi odbioru i transportu odpadów komunalnych powstających na terenach nieruchomości zamieszkałych gminy Chojna i gminy Widuchowa. Ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy z PUK Chojna zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 22 grudnia 2020 r. pod nr 550552573-N-2020.
- 1.4 Odwołujący, odwołaniem z dnia 4 stycznia 2021 r. zakwestionował zamiar udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki spółce PUK Chojna. 1 lutego 2021 r. Zamawiający uwzględnili odwołania w całości, na skutek czego w dniu 3 lutego 2021 r. Krajowa Izba Odwoławcza umorzyła postępowania odwoławcze (sprawa prowadzona pod sygnaturą **KIO 66/21**).
- 1.5 Pomędzy datą opublikowania ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy 22 grudnia 2020 r. (pierwsze postępowanie), a datą opublikowania ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy 26 lutego 2021 r. (obecnie Postępowanie) nie wystąpiły ani nie uległy zmianie żadne istotne okoliczności, które uzasadniałyby wszczęcie i prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia z wolnej ręki z zamiarem udzielenia zamówienia spółce PUK Chojna.

2. STAN FAKTYCZNY

- 2.1 Zamawiający 1 oraz Zamawiający 2 wszczęli Postępowanie w trybie zamówienia z wolnej ręki, którego przedmiotem jest *świadczenie usługi odbioru i transportu odpadów komunalnych powstających na terenach nieruchomości zamieszkałych gminy Chojna i gminy Widuchowa oraz zagospodarowanie tych odpadów w latach 2021 i 2022*.
- 2.2 Informację o tym, że Postępowanie zostało wszczęte, Zamawiający 1 zamieścił w dniu 26 lutego 2021 r. na stronie internetowej Biuletynu Informacji Publicznej poprzez publikację Ogłoszenia. Stosowne ogłoszenie zostało opublikowane także w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 26 lutego 2021 r. pod nr 2021/BZP 00011450/01.
- 2.3 Ogłoszenie opublikowane w Biuletynie Informacji Publicznej jest tożsame z ogłoszeniem opublikowanym w Biuletynie Zamówień Publicznych.

Dowód: Ogłoszenie (*Załącznik nr 7 do odwołania*).

- 2.4 W Ogłoszeniu wskazano, iż Postępowanie prowadzone jest wspólnie przez Zamawiającego 1 oraz Zamawiającego 2 (punkt I Ogłoszenia).
- 2.5 W Ogłoszeniu wskazano ponadto, iż podmiotem, któremu Zamawiający 1 i Zamawiający 2 zamierzają udzielić zamówienia w trybie z wolnej ręki jest PUK Chojna.
- 2.6 Jako podstawę skorzystania z trybu zamówienia z wolnej ręki, wskazano w Ogłoszeniu **art. 214 ust. 1 pkt 13 PZP**.
- 2.7 Warto już w tym miejscu zaznaczyć, że zmiany korporacyjne w PUK Chojna, o których mowa powyżej, do dnia wniesienia niniejszego odwołania, tj. do dnia 8 marca 2021 r., **nie zostały ujawnione w Rejestrze Przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego, ani na stronie internetowej PUK Chojna**.
- 2.8 Zgodnie z informacją odpowiadającą odpisowi pełnemu z Rejestru Przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego z dnia 8 marca 2021 r. (data wniesienia niniejszego odwołania):
 - 2.8.1 jedynym wspólnikiem PUK Chojna jest Zamawiający 1, który posiada 8.800 udziałów w kapitale zakładowym PUK Chojna o wysokości 4.400.000 złotych (Dział 1, Rubryka 7 – Dane wspólników),
 - 2.8.2 Zarząd PUK Chojna jest jednoosobowy, a w jego skład wchodzi p. Marian Karwan, uprawniony do jednoosobowej reprezentacji tego podmiotu (Dział 2, Rubryka 1 – Organ uprawniony do reprezentacji podmiotu),
 - 2.8.3 ostatnia zmiana umowy PUK Chojna miała natomiast miejsce 8 lipca 2011 r. (Dział 1, Rubryka 4 – Informacje o umowie).

Dowód: Informacją odpowiadającą odpisowi pełnemu z Rejestru Przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego z dnia 8 marca 2021 r. dla PUK Chojna (*Załącznik nr 8 do odwołania*).

Zdjęcia umowy spółki PUK Chojna uzyskane w sądzie rejestrowym spółki w wersji obowiązującej w dniu 22 grudnia 2020 r. jak i na dzień 8 marca 2021 r. (*Załącznik nr 9 do odwołania*)

- 2.9 Ponadto, PUK Chojna na swojej stronie internetowej (www.pukchojna.pl) nie opublikowała (do dnia wniesienia niniejszego odwołania) żadnych informacji wskazujących na zmiany korporacyjne lub organizacyjne, o których mowa w Ogłoszeniu.

Dowód: Zrzuty ekranu ze strony internetowej PUK Chojna (www.pukchojna.pl) z dnia 8 marca 2021 r. (**Załącznik nr 10 do odwołania**).

2.10 Pełnomocnik Odwołującego skierował w dniu 28 grudnia 2020 r. wnioski o dostęp do informacji publicznej do Zamawiającego 1, Zamawiającego 2 oraz do PUK Chojna w celu zweryfikowania twierdzeń zawartych w Ogłoszeniu. Do dnia wniesienia niniejszego odwołania wszystkie złożone wnioski skierowane do Zamawiającego nr 1 i 2 pozostały bez odpowiedzi. Z kolei w odpowiedzi na wniosek skierowany do PUK Chojna Odwołujący uzyskał wyłącznie informację, iż właściwa odpowiedź zostanie udzielona do dnia 8 lutego 2021 r. (pismo z 25 stycznia 2021 r.), a następnie do 28 lutego 2021 r. (pismo z 22 lutego 2021 r.) – do dnia wniesienia niniejszego odwołania Odwołujący nie otrzymał jednak żadnej odpowiedzi.

Dowód: Wnioski o dostęp do informacji publicznej z dnia 28 grudnia 2020 r. skierowane do Zamawiającego 1, Zamawiającego 2 oraz PUK Chojna oraz pisma PUK Chojna z 25 stycznia 2021 r. oraz 22 lutego 2021 r. (**Załącznik nr 11 do odwołania**).

2.11 Jednocześnie, w dniu 8 grudnia 2020 r., Rada Gminy Widuchowa podjęła uchwałę nr XXIII/168/2020 w sprawie wyrażenia zgody na nabycie przez Gminę Widuchowa udziałów w PUK Chojna.

2.12 Zgodnie z §1 przedmiotowej uchwały, Rada Gminy Widuchowa wyraziła zgodę na nabycie od Gminy Chojna nie więcej niż 50 udziałów w PUK Chojna.

Dowód: Uchwała Rady Gminy Widuchowa z 8 grudnia 2020 r. (**Załącznik nr 12 do odwołania**).

2.13 W dniu 17 grudnia 2020 r., Rada Miejska w Chojnie podjęła analogiczną uchwałę nr XXVI/207/2020 w sprawie wyrażenia zgody na zbycie Gminie Widuchowa udziałów w PUK Chojna.

2.14 Zgodnie z §1.1 przedmiotowej uchwały, Rada Miejska w Chojnie wyraziła zgodę na zbycie **22 udziałów w PUK Chojna**.

Dowód: Uchwała Rady Miejskiej w Chojnie z 17 grudnia 2020 r. wraz z załącznikami (**Załącznik nr 13 do odwołania**).

2.15 Zgodnie z aktami rejestrowymi PUK Chojna w dniu 18 grudnia 2020 r. Gmina Chojna (Zamawiający 1) oraz Gmina Widuchowa (Zamawiający 2) zawarli umowę sprzedaży udziałów

w PUK Chojna („Umowa Sprzedaży Udziałów”), na podstawie której Gmina Widuchowa nabyła 22 udziały w spółce – tym samym Gmina Widuchowa nabyła w PUK Chojna zaledwie **0,25 % udziałów (22/8.800 x 100%)**.

Dowód: Umowa z dnia 18 grudnia 2020 r. dot. sprzedaży 22 udziałów w PUK Chojna (**Załącznik nr 14 do odwołania**).

2.16 W odniesieniu do wymogu, zgodnie z którym *ponad 90 % działalności kontrolowanej osoby prawnej* musi dotyczyć wykonywania zadań powierzonych jej przez zamawiających sprawujących nad nią kontrolę lub przez inne osoby prawne kontrolowane przez tych zamawiających (art. 214 ust. 1 pkt 13 b) PZP), w Ogłoszeniu wskazano, iż: *Ponad 90% działalności kontrolowanej osoby prawnej dotyczy wykonywania zadań powierzonych jej przez zamawiających sprawujących nad nią kontrolę lub przez inne osoby prawne kontrolowane przez tych zamawiających – co potwierdza prognoza handlowa, stanowiąca tajemnicę przedsiębiorstwa oraz wskaźniki na dzień ogłoszenia o zamiarze udzielenia zamówienia. W wyniku zmian struktury właścicielskiej w dniu 18 grudnia 2020 r., zgodnie z przepisami prawa została przeprowadzona reorganizacja Przedsiębiorstwa, która skutkować będzie osiągnięciem przez Spółkę w prognozowanych latach wzrostu efektywności jej funkcjonowania.*

2.17 Tak jak wskazywano to powyżej, w dniu 28 grudnia 2020 r. pełnomocnik Odwołującego skierował do PUK Chojna wniosek o dostęp do informacji publicznej w celu ustalenia, jakiego rodzaju zmiany organizacyjne miały miejsce w tym podmiocie.

2.18 Do dnia wniesienia niniejszego odwołania PUK Chojna nie udzieliła odpowiedzi.

Dowód: Wniosek o dostęp do informacji publicznej z dnia 28 grudnia 2020 r. skierowany do PUK Chojna (**Załącznik nr 11 do niniejszego odwołania**).

3. UZASADNIENIE ZARZUTU Z PUNKTU 2.1 PETITUM - BRAK SPRAWOWANIA PRZEZ ZAMAWIAJĄCEGO 1 I ZAMAWIAJĄCEGO 2 WSPÓLNIE KONTROLI NAD PUK CHOJNA

3.1 Aby możliwe było udzielenie przez Zamawiającego 1 i Zamawiającego 2 przedmiotowego zamówienia wykonawcy PUK Chojna konieczne jest, aby zamawiający ci wspólnie sprawowali nad PUK Chojna kontrolę analogiczną do tej, która odpowiada kontroli sprawowanej przez nich nad własnymi jednostkami („kontrola analogiczna”).

3.2 Zgodnie z art. 214 ust. 1 pkt 13 lit. a) PZP oraz art. 12 ust. 3 Dyrektywy 2014/24/UE domniemywa się, że kontrola ta odpowiada tej, jaką sprawuje się nad własnymi jednostkami, gdy:

(a) w skład organów decyzyjnych kontrolowanej osoby prawnej (tu: PUK Chojna) wchodzi przedstawiciele wszystkich uczestniczących zamawiających, z zastrzeżeniem, że poszczególny przedstawiciel może reprezentować więcej niż jednego zamawiającego,

- (b) uczestniczący zamawiający mogą wspólnie wywierać dominujący wpływ na cele strategiczne oraz istotne decyzje kontrolowanej osoby prawnej (tu: PUK Chojna),
 - (c) kontrolowana osoba prawna nie działa w interesie sprzecznym z interesami zamawiających sprawujących nad nią kontrolę.
- 3.3 Z Ogłoszenia wynika, iż Zamawiający 1 i Zamawiający 2 *posiadają łącznie 100% udziałów* w PUK Chojna. Z podjętych przez Gminy uchwał oraz Umowy Sprzedaży Udziałów wynika, iż Zamawiający 1 zbył na rzecz Zamawiającego 2 22 udziały w PUK Chojna (zaledwie 0,25% wszystkich udziałów). Nawet dysponowanie łącznie przez Zamawiającego 1 i Zamawiającego 2 wszystkimi udziałami w PUK Chojna **nie uzasadnia, że spełnione zostały** warunki sprawowania przez Zamawiającego 1 i Zamawiającego 2 kontroli analogicznej nad PUK Chojna.
- 3.4 Przepisy PZP i Dyrektywy 2014/24/UE dopuszczają udzielenie zamówienia z wolnej ręki przez więcej niż jednego zamawiającego danej osobie prawnej (tzw. spółce in-house), ale wyłącznie, gdy zamawiający ci sprawują nad tą spółką określony poziom kontroli, o którym mowa w punkcie 3.2 powyżej.
- 3.5 Jak wynika z art. 174 § 1 Kodeksu Spółek Handlowych⁵ („KSH”), jeżeli ustawa lub umowa spółki nie stanowi inaczej, wspólnicy mają równe prawa i obowiązki w spółce. Z §2 tego artykułu wynika z kolei, że jeżeli umowa spółki przewiduje udziały o szczególnych uprawnieniach, uprawnienia te powinny być w umowie określone (udziały uprzywilejowane), przy czym, w § 4 przesądzone, że uprzywilejowanie dotyczące prawa głosu nie może przyznawać uprawnionemu więcej niż trzy głosy na jeden udział.
- 3.6 Ponadto, zgodnie z art. 159 KSH, jeżeli wspólnikowi mają być przyznane szczególne korzyści lub jeżeli na wspólników mają być nałożone, oprócz wniesienia wkładów na pokrycie udziałów, inne obowiązki wobec spółki, należy to pod rygorem bezskuteczności wobec spółki dokładnie określić w umowie spółki.
- 3.7 W zawartym w Ogłoszeniu uzasadnieniu zastosowania trybu z wolnej ręki wskazano m.in., że:
- a) *Zarząd zobowiązany jest do uzyskania zgody Zgromadzenia Wspólników nie tylko do podejmowania czynności strategicznych spółki, ale innych, szczegółowo określonych w Regulaminie zarządu, zatwierdzonym przez Radę Nadzorczą, Regulaminie Rady Nadzorczej.*
 - b) *Zgromadzenie Wspólników zatwierdziło czynności zarządu, które wymagają zgody Zgromadzenia Wspólników, określiło zasady powoływania i odwoływania członków organu nadzorczego spółki - Rady Nadzorczej, określiło zasady powoływania i odwoływania członków organu wykonawczego spółki – zarządu, określiło zasady wynagradzania członków zarządu i Rady Nadzorczej, określiło zasady wzajemnej współpracy wspólników i wykonywania praw udziałowych, zatwierdziło Regulaminy dwóch pozostałych organów spółki(...);*

⁵ Ustawa z 15 września 2000 r. Kodeks spółek handlowych (tekst jednolity: Dz. U. z 2020 r. poz. 1526, ze zm.).

- c) *Zgromadzenie Wspólników (...) zatwierdziło zasady kontroli spółki przez Radę Nadzorczą, w skład której wchodzi przedstawiciel wspólników, ustaliło wytyczne m.in. iż cele strategiczne spółki będą opierały się na zadaniach wykonywanych jako zadania własne wspólników z istotnym wyłączeniem usługi na rzecz podmiotów prywatnych, celem nieprzekroczenia 90% przychodów Spółki określiło sposób wykonywania kontroli nad działalnością zarządu.*
- d) *Zarząd podejmuje czynności dopiero po zatwierdzeniu odpowiednio przez Radę Nadzorczą lub Zgromadzenie Wspólników, lub oba te organy, w przypadku zamiaru dokonania czynności wymienionych w treści uzasadnienia.*

Dowód: Ogłoszenie (**Załącznik nr 7 do odwołania**).

- 3.8 Po pierwsze, z faktu nabycia przez Zamawiającego 2 zaledwie 0,25% udziałów nie da się wywieść wniosku, że gmina ta sprawuje nad PUK Chojna *wspólnie* z Zamawiającym 1 kontrolę analogiczną jak nad własnymi wydziałami i że może *wspólnie* z Zamawiającym 1 *wspólnie* wywierać dominujący wpływ na cele strategiczne oraz istotne decyzje kontrolowanej osoby prawnej, w rozumieniu art. 214 ust. 1 pkt 13 PZP. Niewątpliwie o takim wpływie można by mówić w przypadku Zamawiającego 1. Jednak oczywistym jest, że **Zamawiający 2 nie ma w rzeczywistości żadnego wpływu na decyzje PUK Chojna i to nie tylko decyzje strategiczne, ale nawet na jej działalność bieżącą.** Można powiedzieć, że ten „wpływ” ma moc sprawczą w wysokości 0,25%, przy 99,75% mocy sprawczej wpływu przypadającego Zamawiającemu 1.
- 3.9 W tym kontekście należy wskazać, iż umowa spółki PUK **nie przewiduje jakichkolwiek szczególnych uprawnień dla wspólnika mniejszościowego**, a w szczególności wspólnika posiadającego zaledwie 0,25 % udziałów w spółce.
- 3.10 Nawet jeśli umowa spółki PUK Chojna została zmieniona w związku z transakcją sprzedaży 22 udziałów w tym podmiocie, to zmiany te **nie zostały ujawnione w Rejestrze Przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego.**
- 3.11 Zgodnie natomiast art. 255 § 1 KSH zmiana umowy spółki wymaga uchwały wspólników i wpisu do rejestru. **Wpis ma zatem charakter konstytutywny.**
- 3.12 Innymi słowy, w dniu 22 grudnia 2020 r. (i obecnie) obowiązywała umowa spółki PUK Chojna w wersji załączonej do niniejszego odwołania i tylko w tym kontekście możliwa jest ocena kontroli sprawowanej przez Zamawiającego 2 nad PUK Chojna.

Dowód: Zdjęcia umowy spółki PUK Chojna uzyskane w sądzie rejestrowym spółki w wersji obowiązującej w dniu 22 grudnia 2020 r. jak i na dzień 8 marca 2021 r. (**Załącznik nr 9 do odwołania**).

- 3.13 Jak wynika z treści uzasadnienia Zamawiający 1 i Zamawiający 2 zdają się wywodzić sprawowanie dominującej kontroli na PUK Chojna z konieczności uzyskania przez zarząd i radę nadzorczą

zgody Zgromadzenia Wspólników do podejmowania czynności strategicznych spółki oraz innych czynności *szczegółowo określonych w Regulaminie zarządu, zatwierdzonym przez Radę Nadzorczą, Regulaminie Rady Nadzorczej*, w tym: zasad powoływania i odwoływania członków rady nadzorczej, zasad kontroli spółki przez radę nadzorczą, zasad powoływania i odwoływania członków zarządu oraz kontroli zarządu, zasad wynagradzania członków zarządu i rady nadzorczej, zasad wzajemnej współpracy wspólników i wykonywania praw udziałowych. Niemniej jednak Zamawiający 1 i Zamawiający 2 nie wykazali w jaki sposób taka kontrola jest sprawowana, w szczególności czy Zamawiający 2, który posiada zaledwie 22 udziały w PUK Chojna faktycznie sprawuje kontrolę i może wywierać dominujący wpływ na działania spółki. **Minimalny udział Zamawiającego 2 wskazuje, że czynność sprzedaży udziałów przez Zamawiającemu 2 była wyłącznie czynnością pozorną, która rzekomo ma uzasadniać wpływ Zamawiającego 2 na strategiczne działania PUK Chojna.**

- 3.14 Owszem, zarówno z przepisów PZP jak i Dyrektywy 2014/24/UE oraz wcześniejszego orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej („TSUE” lub „Trybunał”) wynika, że *w przypadku, gdy wiele organów publicznych jest właścicielami spółki, której powierzają wykonanie ich zadań w zakresie usług publicznych, kontrola tych organów publicznych nad tą spółką może być sprawowana przez nie łącznie*⁶.
- 3.15 W pierwszej kolejności trzeba w tym miejscu wskazać, że - co podnosi Trybunał - *choć w wypadku gdy liczne organy publiczne korzystają ze wspólnej jednostki w celu wypełniania wspólnych zadań w zakresie usług publicznych, rzeczywiście nie jest nieodzwonne, aby każdy z tych organów sam posiadał indywidualne uprawnienia kontrolne w stosunku do tej jednostki, to sprawowana nad tą jednostką kontrola nie może opierać się na samych uprawnieniach kontrolnych organu publicznego posiadającego udział większościowy w kapitale danej jednostki, i to pod rygorem pozbawienia znaczenia samego pojęcia łącznej kontroli*⁷.
- 3.16 Jak kontynuuje Trybunał: *[p]ozycja instytucji zamawiającej w ramach będącej wykonawcą jednostki znajdującej się we wspólnym posiadaniu niezapewniająca jej najmniejszej możliwości uczestnictwa w sprawowaniu kontroli nad tą jednostką pozwalałaby bowiem na obchodzenie przepisów prawa Unii w dziedzinie zamówień publicznych lub koncesji na usługi, gdyż czysto formalne uczestnictwo w takiej jednostce lub we wspólnym organie zapewniającym kierowanie taką jednostką zwalniałoby ową instytucję zamawiającą z obowiązku organizowania postępowania przetargowego zgodnie z przepisami Unii, chociażby nawet w żaden sposób nie brała ona udziału w sprawowaniu „analogicznej kontroli” nad tą jednostką*⁸.

⁶ Wyrok TSUE z 10 września 2009 r. w sprawie C-573/07 *Sea Srl*, EU:C:2009:532, pkt 59.

⁷ Wyrok TSUE z 29 listopada 2012 r. w sprawach połączonych C-182/11 i C-183/11 *Econord*, EU:C:2012:758, pkt 30.

⁸ Wyrok TSUE z 29 listopada 2012 r. w sprawach połączonych C-182/11 i C-183/11 *Econord*, EU:C:2012:758, pkt 31.

- 3.17 Tym samym, **nie jest tak jak chcieliby Zamawiający 1 i Zamawiający 2, że kontrola analogiczna wynika z samego faktu bycia udziałowcem danej spółki (tu: PUK Chojna), w szczególności, gdy udział w kapitale zakładowym spółki jest marginalny i wynosi 0,25%.**
- 3.18 I tak, TSUE podkreślił, że co do zasady takie udziały **nie są same w sobie wystarczające dla uznania za spełniony wymóg wspólnego sprawowania kontroli przez udziałowców nad spółką.** Takie udziały mogą jedynie w *pewnych okolicznościach*⁹ pozwalać na sprawowanie przedmiotowej kontroli.
- 3.19 Za takie okoliczności TSUE uznał sytuację, w której dany zamawiający posiadający 0,25% udziałów w spółce jest uprawniony do zlecenia jej realizacji danych usług na podstawie obowiązujących przepisów prawa i niezależnie od wysokości posiadanych udziałów, a spółka musi takie zlecenia realizować. Co kluczowe, na takich samych zasadach spółka realizuje zlecenia udziałowca większościowego. De facto zatem uprawnienia udziałowców mniejszościowych zostały zrównane, na podstawie przepisów obowiązującego prawa, z uprawnieniami udziałowcy większościowego. Co więcej, podmiot wspólnie kontrolowany (TRAGSA) nie mógł prowadzić indywidualnej, niezależnej polityki cenowej. Wynagrodzenie należne temu podmiotowi za zlecenia realizowane na rzecz swoich wspólników było bowiem również ustalane rozporządzeniem¹⁰. Wynikało to bezpośrednio z art. 88 ust. 4 obowiązującej wówczas hiszpańskiej ustawy 66/1997¹¹ oraz art 3 ust. 2-6 i art. 4 ust. 1 i 7 obowiązującego ówczesnie w Hiszpanii rozporządzenia królewskiego 371/1999¹².
- 3.20 Oczywiście jest, że **w przypadku Zamawiającego 2 nie mamy do czynienia z tego typu uprzywilejowaniem, ani bowiem przepisy obowiązującego prawa (KSH), ani inne przepisy powszechnie obowiązującego prawa nie przyznają jej uprawnień wykraczających poza uprawnienia wspólnika mniejszościowego, którego udział w spółce wynosi 0,25%.** O ile w przypadku, gdy całość lub znaczna część (większość) udziałów w takiej spółce należy do jednego podmiotu (zamawiającego) można domniemywać, że sprawuje on nad tą spółką kontrolę analogiczną do tej jaką ma nad własnymi wydziałami i może się ona materializować nawet w stosunkach umownych, o tyle tam, gdzie udział danego zamawiającego jest minimalny (symboliczny) jasnym jest, że warunek kontroli nie jest spełniony.
- 3.21 Jak wynika z orzecznictwa TSUE, w przypadku PUK Chojna można by ewentualnie rozpatrywać kwestię tego, czy Zamawiający 2 ma nad nią kontrolę analogiczną, gdyby wynikało to z umowy tej spółki. Rozpatrując podobną sprawę Trybunał wskazał, że *[c]o się tyczy mechanizmów kontroli przewidzianych w statucie Setco [spółka, której zamierzano udzielić zamówienia na zasadach in-house – przyp. Odwołujący], z akt sprawy wynika, że poprzez zmiany dokonane w statucie (...) wspólnicy zamierzali narzucić walnemu zgromadzeniu i zarządowi, przewidzianym we włoskim prawie spółek, struktury decyzyjne, których nie przewidziano wyraźnie w tym*

⁹ Wyrok TSUE z 10 września 2009 r. w sprawie C-573/07 *Sea Srl*, EU:C:2009:532, pkt 62.

¹⁰ Wyrok TSUE z 19 kwietnia 2007 r. w sprawie C-295/05 *Asemfo*, EU:C:2007:227, pkt 60.

¹¹ Ley 66/1997, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, BOE-A-1997-28053.

¹² Real Decreto 371/1999, de 5 de marzo, por el que se regula el régimen de la "Empresa de Transformación Agraria, Sociedad Anónima" (TRAGSA), BOE-A-1999-6348.

porządku prawnym a mające zapewnić analogiczną kontrolę nad Setco do kontroli sprawowanej nad jej własnymi służbami. Chodzi w szczególności o zapewnienie wzmocnionej kontroli poprzez po pierwsze połączony komitet a po drugie komitet techniczny dla każdego działu odpowiedzialnego za różne działalności spółki Setco¹³.

- 3.22 Jak dalej wskazywał TSUE: [j]ak wynika art. 8b i 8c rzeczonego statutu, połączony komitet i komitety techniczne składają się z przedstawicieli będących współnikami samorządów. Każdy z tych samorządów ma jeden głos w ramach tych komitetów, niezależnie od wielkości samorządu czy posiadanych przezeń akcji. Ponadto art. 8a-8c statutu Setco przyznaje połączonemu komitetowi i komitetom technicznym szerokie uprawnienia kontrolne i decyzyjne. Równocześnie art. 14 statutu Setco ogranicza uprawnienia walnego zgromadzenia zobowiązując je do uwzględnienia wytycznych i ewentualnych instrukcji wydanych przez rzeczone komitety oraz wymagając pozytywnej opinii połączonego komitetu przed wydaniem zgody przez walne zgromadzenie na wykonanie pewnych czynności przez zarządzających spółką. Także art. 16 statutu Setco ogranicza autonomię decyzyjną zarządu zobowiązując go do poszanowania uprawnień zastrzeżonych rzeczonemu komitetowi i podporządkowując jego decyzje wytycznym przez nie wydanym¹⁴.
- 3.23 Jak podniósł Trybunał: [u]względniając ustanowiony zakres uprawnień kontrolnych i decyzyjnych przyznanych komitetom oraz okoliczność, że komitety te składają się z delegatów samorządów będących akcjonariuszami, przepisy statutowe, takie będące przedmiotem postępowania przed sądem krajowym przepisy spółki, której udzielono zamówienia, należy uznać za umożliwiające samorządom będącym współnikami, sprawowanie, za pośrednictwem tych komitetów, decydującego wpływu zarówno na strategiczne cele jak i na istotne decyzje tej spółki¹⁵.
- 3.24 Jak wspomniano powyżej, **umowa spółki PUK Chojna nie przewiduje tego typu mechanizmów wzmacniających**, de facto, pozycję Zamawiającego 2 w tym podmiocie i gwarantujących mu możliwość sprawowania jakiegokolwiek nad nim kontroli.
- 3.25 **Biorąc pod uwagę przytoczone wyżej regulacje KSH, brzmienie umowy spółki PUK Chojna oraz fakt, że Zamawiający nie przedstawili jakichkolwiek dokumentów i informacji, które miałyby potwierdzać okoliczność, iż zarówno Zamawiający 1 jak i Zamawiający 2 sprawują kontrolę analogiczną jak nad własnymi jednostkami i mogą wywierać decydujący wpływ na cele strategiczne oraz istotne decyzje kontrolowanej osoby prawnej należy stwierdzić, że warunek, o którym mowa w art. 214 ust. 1 pkt 13 PZP i art. 12 ust. 3 Dyrektywy 2014/24/UE i dotyczący sprawowania przez Zamawiającego 2 wspólnie z Zamawiającym 1 kontroli analogicznej nad PUK Chojna, nie jest spełniony. W szczególności, sprawowania kontroli analogicznej nie można wywieść z faktu posiadania przez Zamawiającego 2 zaledwie 22 udziałów (0,25% ogółu udziałów w PUK Chojna) w sytuacji, gdy udziały te nie są uprzywilejowane co do prawa głosu w zgromadzeniu współników.**

¹³ Wyrok TSUE z 10 września 2009 r. w sprawie C-573/07 *Sea Srl*, EU:C:2009:532, pkt 81.

¹⁴ Wyrok TSUE z 10 września 2009 r. w sprawie C-573/07 *Sea Srl*, EU:C:2009:532, pkt 82-85.

¹⁵ Wyrok TSUE z 10 września 2009 r. w sprawie C-573/07 *Sea Srl*, EU:C:2009:532, pkt 86.

3.26 Tym samym, nie jest prawnie dopuszczalne udzielenie przez Zamawiającego 1 i Zamawiającego 2 przedmiotowego zamówienia wykonawcy PUK Chojna w trybie zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 13 PZP w związku z art. 12 ust. 3 Dyrektywy 2014/24/UE.

4. UZASADNIENIE ZARZUTU Z PUNKTU 2.2 PETITUM - BRAK ZAMIESZCZENIA INFORMACJI DOTYCZĄCEJ UZASADNIENIA WYBORU TRYBU UDZIELENIA ZAMÓWIENIA Z WOLNEJ RĘKI

4.1 Zgodnie z art. 216 ust. 1 w zw. z art. 272 PZP w ogłoszeniu o zamiarze zawarcia umowy zamawiający musi wskazać dane i informacje określone w załączniku nr 2 do rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii w sprawie ogłoszeń zamieszczanych w Biuletynie zamówień publicznych z dnia 23 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2439), w tym m.in.:

- a) uzasadnienie faktyczne i prawne wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki (pkt. 4 ppkt 2) załącznika nr 2 do Rozporządzenia);
- b) numer krajowego numeru identyfikacyjnego podmiotu, z którym ma być zawarta umowa tj. NIP lub REGON (pkt. 5 ppkt 2) załącznika nr 2 do Rozporządzenia).

4.2 W Ogłoszeniu, poza przytoczeniem treści art. 214 ust. 1 pkt 13 PZP – co ewentualnie można by uznawać za element uzasadnienia prawnego - Zamawiający wskazali, że:

- (a) Zarząd zobowiązany jest do uzyskania zgody Zgromadzenia Wspólników do podejmowania czynności strategicznych spółki oraz innych, szczegółowo określonych w Regulaminie zarządu, zatwierdzonym przez Radę Nadzorczą, Regulaminie Rady Nadzorczej;
- (b) Zgromadzenie Wspólników zatwierdziło czynności zarządu, które wymagają zgody Zgromadzenia Wspólników, określiło zasady powoływania i odwoływania członków organu nadzorczego spółki - Rady Nadzorczej, określiło zasady powoływania i odwoływania członków organu wykonawczego spółki – zarządu, określiło zasady wynagradzania członków zarządu i Rady Nadzorczej, określiło zasady wzajemnej współpracy wspólników i wykonywania praw udziałowych;
- (c) Zgromadzenie Wspólników zatwierdziło zasady kontroli spółki przez Radę Nadzorczą, w skład której wchodzi przedstawiciel wspólników, ustaliło wytyczne m.in. iż cele strategiczne spółki będą opierały się na zadaniach wykonywanych jako zadania własne wspólników z istotnym wyłączeniem usługi na rzecz podmiotów prywatnych, celem nieprzekroczenia 90% przychodów Spółki określiło sposób wykonywania kontroli nad działalnością zarządu;
- (d) zgodnie z §5 Regulaminu zarządu, zatwierdzonego przez Radę Nadzorczą Zarząd zobowiązuje się do stałego kontaktu z Zgromadzeniem Wspólników na bieżąco informując o podejmowanych czynnościach w Spółce mających wpływ na cele strategiczne i zarządcze w Spółce awansów, rozdziałów środków płacowych, świadczeń socjalnych i nagród;

- (e) Zarząd podejmuje czynności dopiero po zatwierdzeniu odpowiednio przez Radę Nadzorczą lub Zgromadzenie Wspólników, lub oba te organy, w przypadku zamiaru dokonania czynności wymienionych w treści uzasadnienia;
- (f) Kontrolowana osoba prawna nie działa w interesie sprzecznym z interesami zamawiających sprawujących nad nią kontrolę – w interesie spółki jest uzyskiwanie wynagrodzenia z zamówień udzielanych przez wspólników;
- (g) Ponad 90% działalności kontrolowanej osoby prawnej dotyczy wykonywania zadań powierzonych jej przez zamawiających sprawujących nad nią kontrolę lub przez inne osoby prawne kontrolowane przez tych zamawiających – co potwierdza prognoza handlowa, stanowiąca tajemnicę przedsiębiorstwa oraz wskaźniki na dzień ogłoszenia o zamiarze udzielenia zamówienia. W wyniku zmian struktury właścicielskiej w dniu 18 grudnia 2020 r., zgodnie z przepisami prawa została przeprowadzona reorganizacja Przedsiębiorstwa, która skutkować będzie osiągnięciem przez Spółkę w prognozowanych latach wzrostu efektywności jej funkcjonowania.
- (h) Analizy wykazały posiadanie przez Spółkę wymaganego ustawą PZP procentu działalności 90%.

- 4.3 W rzeczywistości są to **informacje zupełnie bezużyteczne i niczego nie wnoszące do sprawy. Czynności i uprawnienia opisane w pkt. 4.2 lit. (a)-(e), w związku ze znikomym udziałem Zamawiającego 2, w szczególności nie przesądzają, że Zamawiający 2 może faktycznie wywierać wpływ na czynności i decyzje organów spółki oraz na strategię rozwoju PUK Chojna, a z uzasadnienia nie wynika, w jaki sposób (jaką większością) zgromadzenie wspólników, któremu w uzasadnieniu przypisuje się dominującą rolę (Zamawiający 1 i Zamawiający 2) podejmuje uchwały, tak aby można było mówić o faktycznym, a nie tylko pozornym, wpływie Zamawiającego 2 na funkcjonowanie spółki oraz jej organów.**
- 4.4 Po drugie, zgodnie z informacjami ujawnionymi w odpisie aktualnym z KRS dla PUK Chojna skład organów zarządzających oraz skład organów nadzorczych spółki nie uległ zmianie.
- 4.5 Po trzecie, z uzasadnienia wynika, że „ponad 90% działalności kontrolowanej osoby prawnej dotyczy wykonywania zadań powierzonych jej przez zamawiających sprawujących nad nią kontrolę lub przez inne osoby prawne kontrolowane przez tych zamawiających – co potwierdza prognoza handlowa stanowiąca tajemnicę przedsiębiorstwa oraz wskaźniki na dzień ogłoszenia o zamiarze udzielenia zamówienia” – po pierwsze, pomimo że PUK Chojna istnieje na rynku ponad 3 lata (została utworzona w roku 2002) Zamawiający 1 i Zamawiający 2 uzasadniają spełnienie przesłanki z art. 214 ust. 1 pkt. 13) lit c) PZP za pomocą rzekomej „prognozy handlowej” nie wykazując w jaki sposób taka prognoza została przygotowana oraz jakie dane zawiera oraz zaświadniają się rzekomą „tajemnicą przedsiębiorstwa”.
- 4.6 Co ważne, sposób wykazania procentu działalności obarczony jest również błędem metodologicznym – skoro PUK Chojna istnieje i funkcjonuje na rynku od 2002 r. to procent działalności, o którym mowa w art. 214 ust. 1 pkt 13) lit c) PZP powinien być obliczony z uwzględnieniem średniego przychodu osiągniętego przez spółkę w odniesieniu do usług,

dostaw lub robót budowlanych za 3 lata poprzedzające udzielenie zamówienia (art. 214 ust. 1 pkt. 5 PZP), nie zaś jako hipotetyczna prognoza handlowa. Zgodnie z art. 214 ust. 1 pkt. 6) PZP ustalenie wskaźnika procentowego na podstawie prognozy handlowej jest dopuszczalne, ale wyłącznie 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 (art. 214 ust. 1 pkt. 6) PZP). Zamawiający nr 1 i Zamawiający nr 2 nie wykazali jednak w uzasadnieniu, dlaczego do ustalenia wskaźnika 90% została przyjęta metoda prognozy finansowej, a nie danych historycznych, a w szczególności nie wykazali, dlaczego dane historyczne miałyby być niedostępne lub nieadekwatne.

- 4.7 Zamawiający, poza wskazaniem celów które mają zostać osiągnięte, nie wyjaśniają w uzasadnieniu na czym faktycznie ma polegać reorganizacja spółki i jakie czynności zostały podjęte oraz dlaczego dane historyczne stały się „nieadekwatne” w rozumieniu art. 214 ust. 6 PZP.
- 4.8 Uzasadnienie, którego wymaga (tu: od Zamawiających) ustawodawca implikuje **konieczność przedstawienia uzasadnienia prawnego i faktycznego**. Chodzi zatem o to, aby informacje przekazywane w Ogłoszeniu pozwalały wykonawcom potencjalnie zainteresowanym kwestionowaniem prawidłowości decyzji zamawiającego na ich faktyczną weryfikację.
- 4.9 Zamówienie z wolnej ręki jest **wyjątkiem od stosowania konkurencyjnych trybów wyboru wykonawcy**. Jako wyjątek podlega **wykładni ścisłej**, a wykazanie spełnienia przesłanek uzasadniających skorzystanie z tego trybu spoczywa na zamawiającym (tu: Zamawiających). Fakt, że chodzi o tzw. zamówienie *in-house* niczego w tym zakresie nie zmienia.
- 4.10 Przykładowo, w przypadku art. 214 ust. 1 pkt 1 lit. b) PZP dla wykazania spełnienia przesłanki zamawiający nie może się ograniczyć do twierdzenia, że zamówienie może być świadczone tylko przez jednego wykonawcę z *przyczyn związanych z ochroną praw wyłączonych wynikających z odrębnych przepisów* lub w przypadku art. 214 ust. 1 pkt 3) PZP nie będzie wystarczające wskazanie przez zamawiającego, że *ze względu na wyjątkową sytuację niewynikającą z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, której nie mógł on przewidzieć, wymagane jest natychmiastowe wykonanie zamówienia, a nie można zachować terminów określonych dla innych trybów udzielenia zamówienia*. W obu tych przypadkach **konieczne jest (szczegółowe) wykazanie, poparte dokumentami, rzeczywistego zaistnienia ww. okoliczności**.
- 4.11 Analogicznie jest w przypadku art. 214 ust. 1 pkt 13 PZP, tym bardziej, że to **uzasadnienie jest dodatkowo wymagane na podstawie pkt. 4 ppkt 2) załącznika nr 2 do Rozporządzenia**.
- 4.12 Kolejną analogią może być sytuacja z jaką mamy do czynienia w art. 253 ust. 1 PZP, w którym ustawodawca zobowiązał zamawiającego do podania uzasadnienia prawnego i faktycznego decyzji o wyborze najkorzystniejszej oferty.
- 4.13 Oczywistym jest, że wskazanie przez zamawiającego, szczególnie w przypadku, gdy cena nie jest jedynym kryterium oceny, że *wybrano ofertę najkorzystniejszą, bo była najkorzystniejsza w kryteriach oceny ofert* nie czyni zadość wymogom ustawowym. **Konieczne jest podanie**

(szczegółowych) informacji dotyczących ocenianych elementów oferty w kontekście przyjętych kryteriów.

- 4.14 Dokładnie taka sama zasada obowiązuje w przypadku uzasadnienia wyboru trybu z wolnej ręki, o którym mowa w art. 214 ust. 1 pkt 13 PZP.
- 4.15 Trzeba przy tym przypomnieć, że zgodnie z art. 457 ust. 1 pkt 1 PZP **umowa podlega unieważnieniu, jeżeli zamawiający z naruszeniem przepisów ustawy zastosował tryb zamówienia z wolnej ręki.**
- 4.16 Nie ulega wątpliwości, że w przepisie tym chodzi o wszystkie regulacje, które „towarzyszą” zamówieniu z wolnej ręki, a nie wyłącznie o przesłanki, które umożliwiają skorzystanie z tego trybu. Inaczej mówiąc, jeśli zamawiający (tu: Zamawiający), który zamierza skorzystać z zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 13 PZP nie dochowuje pozostałych wymogów, które „towarzyszą” (czyli, które są wymagane) dla skorzystania z tego trybu, to taka umowa, jeśli dojdzie do jej zawarcia, podlega unieważnieniu na podstawie art. 457 ust. 1 pkt 1 PZP.
- 4.17 **Podsumowując, Zamawiający powinni wykazać na podstawie dokumentów okoliczności wymienione w art. 214 ust. 1 pkt 13 PZP, co nie miało miejsca. Nie może być więc mowy o tym, że Zamawiający zadośćuczynili wymaganiom określonym w pkt. 4 ppkt 2) Rozporządzenia. Oznacza to, że Zamawiający nie są uprawnieni do udzielenia zamówienia na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 13 PZP, a tym samym nie jest możliwe zawarcie ważnej umowy o udzielenie zamówienia publicznego.**
- 4.18 Na marginesie należy zauważyć, że ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy nie zawiera również obligatoryjnych informacji wymaganych zgodnie z pkt. 5 ppkt 2 załącznika nr 2 do Rozporządzenia tj. numer krajowego numeru identyfikacyjnego podmiotu, z którym ma być zawarta umowa.

5. **UZASADNIENIE ZARZUTU Z PUNKTU 2.3 *PETITUM* - BRAK ZAMIESZCZENIA INFORMACJI O WIELKOŚCI I ILOŚCI USŁUG**

- 5.1 Zgodnie z pkt. 3 ppkt 8) Załącznika do Rozporządzenia ustawodawca wymaga od zamawiającego (tu: od Zamawiających) podania w Ogłoszeniu informacji o wielkość i ilość usług poprzez podanie planowanego wolumenu odpadów, które ma odbierać wykonawca. Nie ulega wątpliwości, że są to informacje kluczowe dla oceny tego, czy dane zamówienie może stanowić przedmiot zainteresowania innych wykonawców. Nie przypadkiem zatem ustawodawca wymaga ich podania na tym etapie.
- 5.2 Pominięcie omawianych informacji skutkuje niespełnieniem wymagań wskazanych pkt. 3 ppkt 8) załącznika nr 2 do Rozporządzenia (w zw. z art. 214 ust. 1 pkt 13 PZP w zw. z art. 216 ust. 1 w zw. z art. 272 PZP), a tym samym również powinno oznaczać brak możliwości udzielenie zamówienia na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 13 PZP. **Przyjęcie odmiennej interpretacji oznaczałoby, że wymóg publikacji takiego ogłoszenia pozbawiony byłby sensu, a wymagania**

dotyczące obligatoryjnych elementów ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy, wynikające z Załącznika nr 2 do Rozporządzenia, zupełnie zbędne.

- 5.3 Trzeba przy tym przypomnieć, że zgodnie z art. 457 ust. 1 pkt 1 PZP umowa podlega unieważnieniu, jeżeli zamawiający z naruszeniem przepisów ustawy zastosował tryb zamówienia z wolnej ręki. W pozostałym zakresie w pełni znajdują zastosowanie argumenty Odwołującego przywołane w punkcie 4.14 treści uzasadnienia niniejszego odwołania.
- 5.4 Podsumowując, brak zamieszczenia w Ogłoszeniu informacji o wielkość i ilość usług poprzez podanie planowanego wolumenu odpadów, które ma odbierać wykonawca powoduje, że nie są spełnione warunki dla udzielenia zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 13 PZP i nie ma możliwości zawarcia ważnej umowy o zamówienie publiczne.

6. UZASADNIENIE ZARZUTU Z PUNKTU 2.4 PETITUM - BRAK MOŻLIWOŚCI REALIZACJI KLUCZOWYCH CZĘŚCI ZAMÓWIENIA OSOBIŚCIE PRZEZ PUK CHOJNA

- 6.1 Z art. 214 ust. 9 PZP wynika jednoznacznie, że w przypadku, gdy zamówienie zostaje udzielone na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 13 PZP, **wykonawca ma obowiązek osobistego wykonania kluczowych jego części i nie może powierzyć wykonania części zamówienia podwykonawcy, który dotyczy głównego przedmiotu zamówienia.**
- 6.2 Należy przypomnieć, że przedmiotem zamówienia udzielanego przez Zamawiającego 1 i Zamawiającego 2 wykonawcy PUK Chojna ma być **usługa odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych**. Nie ulega wątpliwości, że są to dwie odrębne i niezależne od siebie usługi, przy czym wykonawca dokonuje odbioru odpadów w celu ich zagospodarowania (przekazania do instalacji do przetwarzania odpadów komunalnych). W konsekwencji, to zagospodarowanie odpadów jest usługą nadrzędną dla samego odbioru i transportu odpadów.
- 6.3 Nie ulega również wątpliwości to, że **PUK Chojna nie dysponuje żadną instalacją do zagospodarowania odpadów komunalnych i nie prowadzi tego typu działalności.**
- 6.4 Brak możliwości zagospodarowania odpadów komunalnych przez PUK Chojna potwierdza *Analiza stanu gospodarki odpadami komunalnymi na terenie Gminy Chojna za rok 2019*.
- 6.5 Zgodnie z przywołanym dokumentem (str. 5): *[n]a terenie gminy Chojna nie ma możliwości przetwarzania niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych, bioodpadów stanowiących odpady komunalne oraz przeznaczonych do składowania pozostałości z sortowania odpadów komunalnych i pozostałości z procesu mechaniczno-biologicznego przetwarzania niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych. Miejscem zagospodarowania odpadów komunalnych z terenu gminy Chojna jest Regionalna Instalacja Przetwarzania Odpadów Komunalnych-RIPOK prowadzona przez EKO-MYŚL Spółka z o.o. Dalsze 39, 74-300 Myślibórz. (...) W roku 2019 z terenu gminy Chojna przekazano do RIPOK-u 4416,321 Mg odpadów komunalnych o kodzie 20 03 01.*

- 6.6 Innymi słowy, cały wolumen niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych został przekazany do zagospodarowania przez EKO-MYŚL Spółka z o.o. (str. 8 przywołanego dokumentu).

Dowód: Analiza stanu gospodarki odpadami komunalnymi na terenie gminy Chojna za rok 2019 (*Załącznik nr 15 do niniejszego odwołania*).

- 6.7 Nie ulega wątpliwości, że **usługa zagospodarowania odpadów komunalnych jest równie istotna jak usługa ich odbierania**. Trudno racjonalnie twierdzić, że w takim przypadku za „kluczową” uznaje się jedynie część dotyczącą odbierania odpadów. Co więcej, to **zagospodarowanie odpadów odebranych od mieszkańców w zgodzie z obowiązującymi przepisami prawa jest nadrzędnym (właściwym) celem całego procesu**, a tym samym zainteresowanych gmin (Zamawiających).
- 6.8 Skoro z przepisów PZP jednoznacznie wynika, że w przypadku zamówienia udzielanego na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 13 PZP, wykonawca (tu: PUK Chojna) **jest zobowiązany osobiście** (czyli bez podzlecania innemu podmiotowi) **zrealizować zasadniczą część tak uzyskanego zamówienia, to nie jest prawnie dopuszczalne, aby usługa zagospodarowania, stanowiąca jego de facto, najistotniejszy element, była podzlecana przez wykonawcę** (tu: PUK Chojna) **innemu podmiotowi**. Skoro tak i skoro Zamawiający doskonale wiedzą, jakie są uwarunkowania działalności PUK Chojna (przecież – jak twierdzą - „kontrolują” ten podmiot), to nie jest prawnie dopuszczalne udzielenie PUK Chojna zamówienia na zagospodarowanie odpadów komunalnych, a co najwyżej wyłączenie na odbieranie tych odpadów (oczywiście, o ile spełnione są pozostałe przesłanki ustawowe, co nie ma miejsca, o czym w pozostałych zarzutach niniejszego odwołania).
- 6.9 Trzeba przy tym wyraźnie podkreślić, że Zamawiający nie sprawują jakiegokolwiek kontroli nad spółką EKO-MYŚL sp. z o.o.

Dowód: Informacją odpowiadającą odpisowi pełnemu z Rejestru Przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego z dnia 8 marca 2021 r. dla EKO-MYŚL Sp. z o.o. (*Załącznik nr 16 do niniejszego odwołania*).

- 6.10 W realiach niniejszej sprawy dochodziłoby do sytuacji, w której poprzez rzekomo kontrolowany przez siebie podmiot (tu: PUK Chojna) Zamawiający w rzeczywistości **udzielali istotną część zamówienia podmiotowi, z którym nie łączą go jakiegokolwiek relacje**, w szczególności relacje o których mowa w art. 214 ust. 1 pkt 13 PZP i art. 12 ust. 1-3 Dyrektywy 2014/24/UE, czyli **z pominięciem zastosowania jakichkolwiek przepisów o zamówieniach publicznych**.

6.11 To właśnie takim sytuacjom ma przeciwdziałać regulacja zawarta w art. 214 ust. 9 PZP, czyli zakaz powierzenia realizacji części zamówienia podwykonawcy.

6.12 Podsumowując, nie jest prawnie dopuszczalne udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 13 PZP w sytuacji, gdy oczywistym jest, że wykonawca tego zamówienia (tu: PUK Chojna) nie jest w stanie osobiście zrealizować jego kluczowych części, co ma miejsce w niniejszym stanie faktycznym.

7. UZASADNIENIE ZARZUTU Z PUNKTU 2.5 *PETITUM* - BRAK MOŻLIWOŚCI POWOŁYWANIA SIĘ NA WIARYGODNE PROGNOZY HANDLOWE W SYTUACJI ADEKWATNOŚCI DANYCH HISTORYCZNYCH

7.1 Z art. 214 ust. 5 PZP oraz art. 12 ust. 5 Dyrektywy 2014/25/UE wynika, że do obliczania procentu działalności, o którym mowa w art. 214 ust. 1 pkt 13 lit. b PZP i art. 12 ust. 3 lit. b) Dyrektywy 2014/24/UE, uwzględnia się średni przychód osiągnięty przez osobę prawną w odniesieniu do usług, dostaw lub robót budowlanych za 3 lata poprzedzające udzielenie zamówienia.

7.2 Jedynie **wyjątkowo możliwe jest odstępnie od tej zasady** na rzecz *wiarygodnych prognoz finansowych*. Prognozy te uwzględnia się w sytuacji, gdy dane historyczne nie są dostępne lub adekwatne. Nie chodzi zatem o to, że u wykonawcy (tu: PUK Chojna) dochodzi do jakichś zmian (reorganizacji), ale o to, że **w wyniku tych zmian nie można uznać, że dotychczasowe dane są wiarygodne**. Oczywistym jest przy tym, że PUK Chojna dysponuje danymi historycznymi, a zatem w grę może wchodzić wyłącznie ich **nieadekwatność**, a nie niedostępność.

7.3 Przesłanka niedostępności danych ma zastosowanie w przypadku utworzenia lub rozpoczęcia działalności, natomiast w przypadku *reorganizacji* należy zbadać, czy możemy dane za ostatnie 3 lata uznać za nieadekwatne. Wobec braku określenia pojęcia „nieadekwatny” w PZP możemy sięgnąć do definicji zawartej w Słowniku Języku Polskiego, zgodnie z którą „nieadekwatny” oznacza «niezgodny z czymś, niedokładnie czemuś odpowiadający»¹⁶.

7.4 Zdaniem Odwołującego, żadne zmiany, które zostały (lub raczej które być może zostaną) dokonane w PUK Chojna, nawet jeżeli Izba uzna je za *reorganizację* (szerzej na ten temat w punkcie 8 treści uzasadnienia niniejszego odwołania) **nie dają podstaw do uznania, że z tego powodu dane z ostatnich 3 lat pozostają nieadekwatne**. PUK Chojna nie miała do czynienia z żadnymi istotnymi przekształceniami jak również nie miały miejsca inne istotne zmiany organizacyjne, które by mogły spowodować, iż dane dotyczące średniego przychodu za lata poprzednie należy uznać za niezgodne lub nieodpowiednie.

7.5 Należy podkreślić, że podobnie jak w przypadku samego udzielania zamówienia z wolnej ręki, **wykazanie przesłanek uprawniających do tego należy do zamawiającego** (tu: Zamawiających), tak odstępnie od ogólnej zasady powoływania danych historycznych na rzecz wiarygodnych

¹⁶ Słownik języka polskiego, wyd. PWN, 2006.

prognoz handlowych również **wymaga udowodnienia braku adekwatności danych historycznych.**

- 7.6 Tymczasem, w Ogłoszeniu Zamawiający ograniczyli się do stwierdzenia, że: *Ponad 90% działalności kontrolowanej osoby prawnej dotyczy wykonywania zadań powierzonych jej przez zamawiających sprawujących nad nią kontrolę lub przez inne osoby prawne kontrolowane przez tych zamawiających – co potwierdza prognoza handlowa, stanowiąca tajemnicę przedsiębiorstwa oraz wskaźniki na dzień ogłoszenia o zamiarze udzielenia zamówienia. W wyniku zmian struktury właścicielskiej w dniu 18 grudnia 2020 r., zgodnie z przepisami prawa została przeprowadzona reorganizacja Przedsiębiorstwa, która skutkować będzie osiągnięciem przez Spółkę w prognozowanych latach wzrostu efektywności jej funkcjonowania. Analizy wykazały posiadanie przez Spółkę wymaganego ustawą PZP procentu działalności 90%. Koncepcja zarządzania i rozwoju Spółki, zakłada wprowadzenie długookresowej reorganizacji mającej na celu spełnienie następujących celów długookresowych Spółki (...).*
- 7.7 **Żadna z tych rzekomych reorganizacji (rozumianych łącznie lub indywidualnie) nie sprawia, że dane historyczne stały się nieadekwatne.** Zamawiający, poza wskazaniem celów które mają zostać osiągnięte, nie wyjaśniają w uzasadnieniu na czym faktycznie ma polegać reorganizacja i jakie czynności zostały podjęte oraz dlaczego dane historyczne stały się nieadekwatne w rozumieniu przepisu art. 214 ust. 1 pkt. 6 PZP.
- 7.8 Jedyne co się zmienia w przypadku PUK Chojna, to fakt, że zgodnie z celami długookresowymi Spółki działania te mają jej umożliwić trwałe świadczenie usług komunalnych. Zamawiający, określając cele długookresowe, posługuje się przy czym ogólnymi sformułowaniami tj. *wdrażanie rozwiązań proekologicznych; poszerzenie obszarów działalności; wprowadzenie innowacyjnych rozwiązań; zwiększenie liczby obsługiwanych Klientów; wdrażanie rozwiązań przyjaznych środowisku naturalnemu; zwiększenie efektywności wykorzystania dostępnych zasobów*, nie wyjaśniając przy tym jakie konkretne działania zostały podjęte, a **wskazane cele długookresowe są tak ogólne, że w zasadzie można je przypisać przedsiębiorstwu działającemu w jakiejkolwiek branży i sektorze.**
- 7.9 Co istotne i co zostało opisane w punkcie 6 treści uzasadnienia niniejszego odwołania, rynek ten dotyczy przy tym wyłącznie usług odbieranie odpadów, jako że ich zagospodarowanie, tak w przypadku odpadów pochodzących z Gminy Chojna, jak i z Gminy Widuchowa, jest zadaniem, które w rzeczywistości realizuje spółka EKO-MYŚL Sp. z o.o. Można zatem powiedzieć, że **jedyne co się zmienia to ilość odpadów, które PUK Chojna ma odbierać.** Tak samo byłoby zatem, gdyby ilość odpadów wzrosła w samej tylko Gminie Chojna. Trudno taką sytuację i dostosowanie działalności spółki do takiej sytuacji nazywać reorganizacją, a nawet gdyby, to nie jest to równoznaczne z brakiem adekwatności dotychczasowych danych.
- 7.10 Co więcej, jak wynika z uzasadnienia: *W wyniku zmian struktury właścicielskiej w dniu 18 grudnia 2020 r., [zapewne chodzi tu zawarcie w dniu 18 grudnia 2020 r. umowy sprzedaż 22 udziałów Zamawiającemu nr 2 – przypis Odwołującego] zgodnie z przepisami prawa została przeprowadzona reorganizacja Przedsiębiorstwa (...)* – **w uzasadnieniu nie wskazano jednak**

jakie „przepisy prawa” Zamawiający mają na myśli oraz na czym faktycznie miałyby polegać „reorganizacja”.

- 7.11 Podsumowując, Odwołujący po raz kolejny podkreśla, iż art. 214 ust. 6 PZP stanowi wyjątek od zasady, że do obliczania procentu działalności uwzględnia się średni przychód osiągnięty przez osobę prawną w odniesieniu do usług za 3 lata poprzedzające udzielenie zamówienia, a w myśl powszechnej zasady interpretacji przepisów prawa *exceptiones non sunt extendendae* - wyjątków nie należy interpretować rozszerzająco, wyjątek (jako odstępstwo od reguły) ma moc obowiązującą tylko w takim zakresie, jak to wynika z jego treści i nie może być w drodze zabiegów interpretacyjnych przenoszony na sytuacje podobne lub zbliżone¹⁷.
- 7.12 Również podkreślenia wymaga, iż krajowy ustawodawca „zaostrzył” na gruncie art. 214 ust. 1 pkt 13 PZP wymagania w stosunku do przepisów Dyrektywy 2014/24/UE. Udział działalności kontrolowanej osoby prawnej dotyczący wykonywania zadań powierzonych musi bowiem pozostawać na poziomie 90%, a nie, jak wynika to z dyrektywy, 80%. Rozwiązanie takie miało u swoich źródeł intencję zapewnienia większej kontroli nad decyzjami zamawiających w stosunku do ich podmiotów wewnętrznych¹⁸. Wobec powyższego interpretując art. 214 ust. 6 PZP należy traktować go, zgodnie z intencją ustawodawcy jako sytuację wyjątkową, a nie jako „furtkę” do nadużywania prawa przez zamawiających oraz przez podmioty przez nich kontrolowane.

8. UZASADNIENIE ZARZUTU Z PUNKTU 2.6 *PETITUM* - BRAK REORGANIZACJI DZIAŁALNOŚCI

- 8.1 Z art. 214 ust. 6 PZP w związku z art. 12 ust. 5 Dyrektywy 2014/24/UE wynika, że w przypadku, gdy ze względu na *reorganizację* działalności wykonawcy dane dotyczące średniego przychodu za 3 lata poprzedzające udzielenie zamówienia są nieadekwatne, procent działalności, o którym mowa w art. 214 ust. 1 pkt 13 lit. b PZP, ustala się za pomocą wiarygodnych prognoz handlowych.
- 8.2 Inaczej mówiąc, dla możliwości powoływania się na wiarygodne prognozy handlowe konieczne jest wykazanie, że dany podmiot (tu: PUK Chojna) **przeszedł reorganizację działalności**.
- 8.3 Jak podają w Ogłoszeniu Zamawiający, reorganizacja PUK Chojna ma wynikać, ze zmian w strukturze właścicielskiej: *W wyniku zmian struktury właścicielskiej w dniu 18 grudnia 2020 r., zgodnie z przepisami prawa została przeprowadzona reorganizacja Przedsiębiorstwa, która skutkować będzie osiągnięciem przez Spółkę w prognozowanych latach wzrostu efektywności jej funkcjonowania. Analizy wykazały posiadanie przez Spółkę wymaganego ustawą PZP procentu działalności 90%. Koncepcja zarządzania i rozwoju Spółki, zakłada wprowadzenie długookresowej reorganizacji mającej na celu spełnienie następujących celów długookresowych Spółki (...).*

¹⁷ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 22 czerwca 2007 r. sygn. V CSK 131/07.

¹⁸ Komentarz do art. 67 PZP Granecki 2016, wyd. 5, Legalis.

- 8.4 Podobnie jak w przypadku wszystkich kwestii dotyczących spełnienia przesłanek udzielenia zamówienia na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 13 PZP w związku z art. 12 ust. 3 Dyrektywy 2014/24/UE, również **wykazanie przeprowadzenia reorganizacji PUK Chojna nie zostało przez Zamawiających poparte jakimikolwiek dowodami**. Przeprowadzenie *reorganizacji* jest zatem oparte wyłącznie na **głosłownych zapewnieniach Zamawiających**. Nie jest to oczywiście wystarczające, biorąc pod uwagę ciężar dowodu, który spoczywa na Zamawiających korzystających również w tym zakresie z odstępstwa od zasady ogólnej opierania się na danych historycznych. Co więcej, sami Zamawiający nie wskazują na czym *de facto* polega „reorganizacja”, a wskazują wyłącznie na ogólne cele, które mają zostać osiągnięte w perspektywie długoterminowej, przy czym są to cele bardzo ogólne i można je przypisać przedsiębiorstwu działającemu w jakiegokolwiek branży i sektorze.
- 8.5 Trudno przy tym uznać, że zbycie udziałów w wysokości 0,25% może stanowić o *reorganizacji* działalności niezależnie od tego jak bardzo pojemne rozumienie tego pojęcia chcieliby mu przypisać Zamawiający. Oczywiście może być tak, że zmiany właścicielskie mogą, w określonych okolicznościach, wpływać na reorganizację działalności, czy też stanowić czynnik taką reorganizację wymuszający. Dzieje się tak zazwyczaj, kiedy istotny inwestor, przejmujący kontrolę nad spółką, ma odmienną wizję prowadzenia przez nią działalności, w szczególności w odniesieniu do jej zakresu. **Samo zbycie 0,25% udziałów na pewno takiej reorganizacji nie stanowi**. Nie stanowi również przyczynku do reorganizacji, biorąc pod uwagę, że nowy wspólnik (Zamawiający 2) **nie ma żadnego realnego wpływu na działalność prowadzoną przez PUK Chojna**. Co więcej, żadnych zmian nie oczekuje, jego celem (podobnie jak celem Zamawiającego 1) jest bowiem wyłącznie objęcie (dotychczasowym) zakresem działalności PUK Chojna gminy Widuchowa.

Dowód: Uchwała Rady Gminy Widuchowa nr XXII/157/2020 z dnia 24 listopada 2020 r. (**Załącznik nr 17 do niniejszego odwołania**).

Uchwała Rady Miejskiej w Chojnie nr XXV/191/2020 z dnia 26 listopada 2020 r. (**Załącznik nr 18 do niniejszego odwołania**).

- 8.6 W odniesieniu natomiast do *poszerzenie obszarów działalności* czy *zwiększenie liczby obsługiwanych Klientów* należy jeszcze raz podkreślić, iż w przypadku PUK Chojna **ewentualne udzielenie przedmiotowego zamówienia spowoduje wyłącznie to, że zakres usług odbierania odpadów** (bo przecież nie zagospodarowania, które świadczy EKO-MYŚL sp. z o.o.) **zwiększy się i obejmie również Gminę Widuchowa**. Nie ulega wątpliwości, że będzie to prawdopodobnie wymagało zwiększenia zatrudnienia, zakupu nowego sprzętu i tym podobnych działań. Jednak są to zwykłe i naturalne konsekwencje rozszerzenia dotychczasowej działalności, przy czym nie o nowe rodzaje usług, ale **w ramach tych dotychczas świadczonych**.
- 8.7 Zdaniem Odwołującego, w tym kontekście wskazane jest odwołanie się do Słownika Języka Polskiego, zgodnie z którym „reorganizacja” jest to «zmiana organizacji czegoś, urządzenie

czegoś w inny sposób»¹⁹. PUK Chojna będzie natomiast działała w dotychczasowy sposób, a ewentualna zmiana polega jedynie na uzyskaniu jednego, dodatkowego klienta (Zamawiającego 2).

- 8.8 Na uwagę zasługują nie tylko wykładnia językowa omawianego przepisu, ale również wykładnia funkcjonalna. Brzmienie art. 214 ust. 6 PZP pozwala na stwierdzenie, iż w myśl intencji ustawodawcy reorganizacja, o której jest mowa w tym przepisie, w swoich skutkach **powinna być porównywalna do sytuacji spółki na dzień utworzenia lub rozpoczęcia działalności, a zatem chodzi wyłącznie o kluczowe zmiany organizacyjne.**
- 8.9 Tym samym, należy stwierdzić, że **działania, o których mowa w Ogłoszeniu nie stanowią reorganizacji w rozumieniu art. 214 ust. 6 PZP.** Mogą być one uznane za wyraz decyzji o charakterze biznesowym, które nie prowadzą do zmian w strukturze PUK Chojna i w każdej chwili mogą być zmienione. Dotyczy to również domniemyanych zmian w regulaminie organizacyjnym – **tego typu zmiany mogą, w określonych okolicznościach, stanowić pochodną reorganizacji, ale o niej nie świadczą.**
- 8.10 Działania podjęte przez Zamawiających, w tym zmiana w strukturze właścicielskiej PUK Chojna (nabycie przez Zamawiającego 2 22 udziałów z 8.8000 udziałów w kapitale zakładowym spółki), z którego Zamawiający wywodzą, że doszło do reorganizacji, noszą znamiona **czynności pozornych**, podejmowanych w celu obejścia przepisów PZP, o którym wprost mowa w art. 214 ust. 7 PZP. Inne przypadki dotyczące czynności podejmowanych w celu obejścia przepisów PZP były rozpatrywane przez Sąd Najwyższy²⁰ oraz Krajową Izbę Odwoławczą²¹.
- 8.11 Jak wskazał Sąd Najwyższy uznanie za zgodne z prawem czynności pozornych, mających na celu obejście przepisów dotyczących zamówień publicznych *[p]rzeczyłoby zasadzie uczciwej konkurencji, leżącej u podstaw zamówień finansowanych ze środków publicznych (por. wyrok SN z dnia 21 listopada 2003 r. V CK 474/02, OSNC 2005, nr 1, poz. 8), a będącej jednym z filarów Traktatu Europejskiego oraz gospodarki Unii Europejskiej i jej krajów członkowskich.*²²
- 8.12 Tego typu zabronione praktyki zostały wprost opisane w art. 214 ust. 7 PZP, gdzie wskazano, że *[w]ymaganie 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, nie jest spełnione, jeżeli reorganizacja działalności, o której mowa w ust. 6, została przeprowadzona dla pozorów. Mając na uwadze liczbę udziałów nabytych przez Zamawiającego 2, stanowiących zaledwie 0,25% ogółu udziałów PUK Chojna oraz brak rzeczywistego wpływu nowego wspólnika (Zamawiającego 2) na decyzje podejmowane przez zgromadzenie wspólników rzekomą „reorganizację” (której Zamawiający w istocie nie wykazują) niewątpliwie należy uznać za czynności pozorną w rozumieniu art. 214 ust. 7 PZP – w konsekwencji należy*

¹⁹ Słownik języka polskiego, wyd. PWN, 2006.

²⁰ Wyrok SN z dnia 16 września 2009 r., sygn. akt II CSK 104/09.

²¹ Uchwała KIO z dnia z dnia 30 października 2015 r., sygn. KIO/KD 57/15; uchwała KIO z 2 lipca 2014 r., KIO/KD 52/14.

²² Wyrok SN z dnia 16 września 2009 r., sygn. akt II CSK 104/09.

również uznać, w świetle przywołanego przepisu, że nie są spełnione wymagania określone w art. 214 ust. 1 pkt 13 lit. b) i c) PZP.

- 8.13 Również TSUE wskazuje, że osiągnięcie celów, któremu mają służyć regulacje dotyczące zamówień publicznych, a którymi są swobodny przepływ usług i poddanie ich niezakłóconej konkurencji we wszystkich państwach członkowskich, byłoby zagrożone, gdyby instytucje zamawiające mogły stosować **wybiegi maskujące polegające na sztucznych konstrukcjach prowadzących do obejścia przepisów ustanowionych w tych regulacjach**²³.
- 8.14 W tym kontekście znamienne jest, że Gmina Chojna doskonale zdaje sobie sprawę z faktu, że przesłanki dla udzielania zamówień na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 13 PZP nie są spełnione w stosunku do PUK Chojna o czym świadczą decyzje o unieważnieniu podstępowań prowadzonych uprzednio na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 12 starego PZP odpowiednio na:
- (a) oczyszczanie ulic (zamiatanie) na terenie miasta Chojna – ogłoszenie nr 510034891-N-2020 z 26 lutego 2020 r.,
 - (b) utrzymanie zieleni miejskiej na terenie miasta Chojna w latach 2020-2022 – ogłoszenie nr 510034933-N-2020 z 26 lutego 2020 r.,
 - (c) utrzymanie cmentarzy komunalnych, położonych na terenie gminy Chojna – ogłoszenie nr 510034974-N-2020 z 26 lutego 2020.
- 8.15 Wszystkie trzy postępowania zostały unieważnione w związku z niespełnieniem przez PUK Chojna warunków uprzednio art. 67 ust. 1 pkt 12 starego PZP (obecnie art. 214 ust. 1 pkt 11 PZP).

Dowód: Ogłoszenie nr 510034891-N-2020 z 26 lutego 2020 r. (*Załącznik nr 19 do niniejszego odwołania*).

Ogłoszenie nr 510034933-N-2020 z 26 lutego 2020 r. (*Załącznik nr 20 do niniejszego odwołania*).

Ogłoszenie nr 510034974-N-2020 z 26 lutego 2020 r. (*Załącznik nr 21 do niniejszego odwołania*).

- 8.16 Podsumowując, Zamawiający 1 i Zamawiający 2 nie wykazali zaistnienia przesłanki uprawniającej do zastosowania trybu z wolnej ręki na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 13 PZP dotyczącej procentu działalności wykonywanej przez podmiot, któremu udziela się zamówienia, na rzecz zamawiającego sprawującego nad nim kontrolę i bezzasadnie przyjęli, że opisane w Ogłoszeniu okoliczności mogą być uznane za „reorganizację”, o której mowa w art. 214 ust. 6 PZP, a podjęte przez Zamawiających czynności, które rzekomo mają oznaczać reorganizację (nabycie udziałów przez Zamawiającego 2) są czynnościami pozornymi w rozumieniu art. 214 ust. 7 PZP.

²³ Wyrok TSUE w sprawie C-29/04.

9. **UZASADNIENIE ZARZUTU Z PUNKTU 2.7 PETITUM - BRAK WYKAZANIA, ŻE PROGNOZA HANDLOWA JEST WIARYGODNA**

9.1 Podobnie jak w przypadku pozostałych przesłanek udzielenia zamówienia na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 13 PZP i art. 12 ust. 3 Dyrektywy 2014/24/UE, Zamawiający nie przedstawili **jakichkolwiek dowodów dotyczących tego, że ponad 90% działalności PUK Chojna dotyczy wykonywania zadań powierzonych jej przez Zamawiających.**

9.2 Jedyne co zostało na ten temat przedstawione przez Zamawiających, to informacja zawarta w Ogłoszeniu o treści:

Ponad 90% działalności kontrolowanej osoby prawnej dotyczy wykonywania zadań powierzonych jej przez zamawiających sprawujących nad nią kontrolę lub przez inne osoby prawne kontrolowane przez tych zamawiających – co potwierdza prognoza handlowa, stanowiąca tajemnicę przedsiębiorstwa oraz wskaźniki na dzień ogłoszenia o zamiarze udzielenia zamówienia. W wyniku zmian struktury właścicielskiej w dniu 18 grudnia 2020 r., zgodnie z przepisami prawa została przeprowadzona reorganizacja Przedsiębiorstwa, która skutkować będzie osiągnięciem przez Spółkę w prognozowanych latach wzrostu efektywności jej funkcjonowania. Analizy wykazały posiadanie przez Spółkę wymaganego ustawą PZP procentu działalności 90%.

oraz

Według opracowanych prognoz wskaźnik udziału zadań powierzonych przez Gminy opartych na sprzedaży usług, materiałów i robót budowlanych będzie wynosić odpowiednio: -98,09 % w 2021 r. -98,11 % w 22 r. -95,48 % w 2023 r. Analizy finansowe oparte zostały o dostępne prognozy gospodarcze dla polski w zakresie poziomu inflacji i rozwoju przedsiębiorczości oraz miały na celu wskazanie prognozy przychodów w kontekście źródeł ich finansowania.

9.3 Jedyne co z tego wynika, to fakt, że gdyby nie ta rzekoma reorganizacja wynikającą ze sprzedaży udziałów Zamawiającemu nr 2, to warunek ten nie zostałby spełniony.

9.4 Tymczasem z przepisów PZP i Dyrektywy 2014/24/UE wynika, że jeśli ze względu na reorganizację działalności PUK Chojna dane dotyczące średniego przychodu za 3 lata poprzedzające udzielenie zamówienia są nieadekwatne, procent działalności, ustala się za pomocą *wiarygodnych prognoz handlowych.*

9.5 W przypadku informacji zawartych w Ogłoszeniu Zamawiający wspomina co prawda o prognozie handlowej, przy czym stwierdza, że stanowi ona tajemnicę przedsiębiorstwa. Jednocześnie Zamawiający wskazują, że: Według opracowanych prognoz wskaźnik udziału zadań powierzonych przez Gminy opartych na sprzedaży usług, materiałów i robót budowlanych będzie wynosić odpowiednio: -98,09 % w 2021 r. -98,11 % w 22 r. -95,48 % w 2023 r. Analizy finansowe oparte zostały o dostępne prognozy gospodarcze dla polski w zakresie poziomu inflacji i rozwoju przedsiębiorczości oraz miały na celu wskazanie prognozy przychodów w kontekście źródeł ich finansowania. [podkr. wł. Odwołującego].

- 9.6 Należy wskazać, iż podobnie jak w przypadku innych informacji i dokumentów potwierdzających spełnienie przesłanek udzielenia zamówienia z wolnej ręki, tak również **w przypadku prognoz handlowych, jeśli zostały one sporządzone, powinny zostać załączone** (wraz z dokumentami źródłowymi) **do Ogłoszenia. Tylko w taki sposób możliwa byłaby bowiem ich weryfikacja.**
- 9.7 Użyty przez Zamawiających argument, iż prognozy handlowe stanowią tajemnice przedsiębiorstwa – w zestawieniu z informacją nt. danych przyjętych do przeprowadzonej analizy (*Analizy finansowe oparte zostały o dostępne prognozy gospodarcze dla polski w zakresie poziomu inflacji i rozwoju przedsiębiorczości*), a więc jawnych i ogólnie dostępnych danych, wskazuje, że prognozy nie są wiarygodne, a ich kwalifikacja jako „tajemnica przedsiębiorstwa” ma na celu wyłącznie utrudnienie uczciwej konkurencji i utrudnienie pozyskania tych informacji przez zainteresowanych wykonawców. Nawiązując do argumentacji przedstawionej w pkt. 7 odwołania, takie okoliczności potwierdzają, że rzekoma reorganizacja ma charakter pozorny w rozumieniu art. 214 ust. 7 PZP, a tym samym nie może stanowić podstawy do udzielenia zamówienia na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 13 PZP.

10. UZASADNIENIE ZARZUTU Z PUNKTU 2.8 PETITUM – ZANIECHANIE ODTAJNIENIA PROGNOZ FINANSOWYCH

- 10.1 Zgodnie z art. 74 ust. 1 i 2 PZP protokół postępowania jest jawny i udostępniany na wniosek, a załączniki do protokołu postępowania udostępnia się po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty. Skoro Zamawiający opublikowali Ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy, to oznaczają, że przeprowadzili postępowanie oraz wybrali ofertę PUK Chojna w postępowaniu w trybie art. 214 ust. 1 pkt 13 PZP. W konsekwencji, protokół postępowania oraz załączone do niego dokumenty – w tym prognozy handlowe – na które powołują się Zamawiający w treści ogłoszenia o zamówieniu powinny być jawne.
- 10.2 Jak wynika z treści uzasadnienia zawartego w Ogłoszeniu Zamawiający dysponują prognozą handlową, ale rzekomo stanowi ona tajemnicę przedsiębiorstwa. Zamawiający w żaden sposób nie uzasadnił jednak jakie elementy tej prognozy lub dane wykorzystane do jej sporządzenia posiadają walor tajemnicy przedsiębiorstwa.
- 10.3 Na gruncie art. 18 ust. 1 PZP postępowanie o udzielenie zamówienia (a więc również zamówienie z wolnej ręki) jest jawne. Zamawiający może zastrzec informacje dotyczące postępowania wyłącznie w wyjątkowych okolicznościach, przy czym spełnione muszą być warunki określone w art. 11 ust. 2 UZNK.
- 10.4 Zgodnie z przywołanym przepisem przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się:
- a) informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą,
 - b) które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób,

- c) o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności;
- w celu uznania informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa powyższe przesłanki muszą być spełnione łącznie.
- 10.5 Po pierwsze Zamawiający w treści uzasadnienia w żaden sposób nie wykazał, jakie okoliczności mają świadczyć o tym, że prognoza handlowa wypełnia wymagania pozwalające na uznanie, iż mamy do czynienia z tajemnicą przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2 UZNK.
- 10.6 Po drugie, z samej treści uzasadnienia wynika jednoznacznie, że prognoza handlowa została sporządzona na podstawie ogólnie dostępnych danych finansowych (*Analizy finansowe oparte zostały o dostępne prognozy gospodarcze dla polski w zakresie poziomu inflacji i rozwoju przedsiębiorczości*) i już z tego względu nie można uznać, że prognozy handlowe wypełniają przesłanki określone w art. 11 ust. 2 UZNK, skoro odnoszą się do ogólnie dostępnych danych tj. inflacja czy prognozy gospodarcze dot. rozwoju przedsiębiorczości. Kwalifikacja prognoz handlowych jako „tajemnicy przedsiębiorstwa” ma zatem na celu wyłącznie utrudnienie uczciwej konkurencji i utrudnienie pozyskania tych informacji przez zainteresowanych wykonawców.
- 10.7 Na marginesie jedyne można dodać, że tajemnicą przedsiębiorstwa może być dana informacja, a nie dokument jako taki.
- 10.8 Z powyższych względów, zaniechanie odtajnienia prognoz finansowych, stanowi naruszenie ww. wskazanych przepisów, a dokumenty te nie zasługują na ochronę prawną.
- 11. UZASADNIENIE ZARZUTU Z PUNKTU 2.9 PETITUM – NADUŻYCIE POZYCJI DOMINUJĄCEJ**
- 11.1 Jak zostało wskazane powyżej, zarówno z krajowych jak i unijnych przepisów wynika, że **Zamawiający mają obowiązek przygotowania i prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości oraz zasady efektywności.**
- 11.2 Zamawiający nie są uprawnieni do organizacji zamówień w sposób mający na celu ich wyłączenie z zakresu stosowania przepisów dotyczących zamówień publicznych lub sztucznego zawężanie konkurencji.
- 11.3 Tym bardziej zatem Zamawiający nie mogą przygotowywać i prowadzić Postępowania w sposób, który narusza powszechnie obowiązujące przepisy prawa, szczególnie, gdy bezpośrednio dotyczą wskazanej w art. 16 ust. 1 PZP zasady uczciwej konkurencji. **Do tych przepisów należą reguły konkurencji określone w UOKiK.**
- 11.4 Zgodnie z art. 9 ust. 2 pkt 5 UOKiK **zakazane jest nadużywanie pozycji dominującej na rynku właściwym przez jednego lub kilku przedsiębiorców poprzez przeciwdziałanie ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji. W świetle orzecznictwa istotą tak zdefiniowanej praktyki zakazane jest zachowanie przedsiębiorcy posiadającego**

pozycję dominującą, które uniemożliwia lub utrudnia działalność konkurentów na określonym rynku właściwym, przez stworzenie barier wejścia na rynek lub rozwoju podmiotów już działających na rynku²⁴. Zakazane jest zatem zarówno ograniczanie przez dominanta (dominantów) dostępu do rynku, jak również „wypychanie” w tego rynku przedsiębiorców na nim wcześniej działających.

- 11.5 **Zamawiający mają status przedsiębiorcy**, co jednoznacznie wynika z art. 4 pkt 1 lit. a) UOKiK **w zakresie w jakim organizują realizację zadań własnych związanych z utrzymaniem porządku i czystości.**
- 11.6 W świetle art. 4 pkt 1 lit. a) UOKiK przez przedsiębiorcę rozumie się *osobę fizyczną, osobę prawną, a także jednostkę organizacyjną niemającą osobowości prawnej, której ustawa przyznaje zdolność prawną, organizującą lub świadczącą usługi o charakterze użyteczności publicznej, które nie są działalnością gospodarczą w rozumieniu przepisów o swobodzie działalności gospodarczej.*
- 11.7 Pojęcie usług użyteczności publicznej, niezdefiniowane w UOKiK, należy rozumieć jako odnoszące się do zadań z zakresu administracji publicznej służących zaspokajaniu w sposób ciągły i powszechnie dostępny potrzeb społecznych o charakterze ogólnym. Do zadań tych zalicza się m.in. zadania uznane za zadania własne gminy w art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym²⁵. Wśród usług o charakterze użyteczności publicznej znajdują się usługi związane z utrzymaniem czystości i porządku w gminach, w szczególności polegające na odbiorze i zagospodarowaniu odpadów komunalnych.
- 11.8 Organizowanie świadczenia usług użyteczności publicznej interpretowane jest szeroko jako obejmujące wszelkiego rodzaju aktywności polegające na *kreowaniu możliwości świadczenia usług użyteczności publicznej*²⁶, tworzeniu *wszelkiego rodzaju ram świadczenia takich usług przez innych przedsiębiorców*²⁷. W świetle orzecznictwa **status przedsiębiorców organizujących usługi użyteczności publicznej mają jednostki samorządu terytorialnego**²⁸, w tym wówczas, **gdy prowadzą działalność organizatorską na rynku utrzymania porządku i czystości na swoim terenie**²⁹.
- 11.9 Zamawiający odpowiadają powyższym kryteriom i są przedsiębiorcami organizującymi usługi **w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy.**
- 11.10 Należy przy tym wyraźnie podkreślić, iż **uprawnienie Zamawiających do organizowania rynku usług użyteczności publicznej** (w tym wypadku usług odbierania i zagospodarowania odpadów

²⁴ Wyrok SN z dnia 19 lutego 2009 r., sygn. akt III SK 31/08; wyrok SN z dnia 3 marca 2010 r., sygn. akt III SK 37/09; wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 19 września 2013 r., sygn. akt VI ACa 170/13.

²⁵ Ustawa z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym (tekst jednolity: Dz. U. z 2020 r. poz. 713, ze zm.).

²⁶ Wyrok Sądu Antymonopolowego z dnia 26 marca 2003 r., sygn. akt XVII Arna 35/02.

²⁷ Wyrok SN z dnia 20 listopada 2008 r., sygn. akt III SK 12/08.

²⁸ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 8 stycznia 2008 r., sygn. akt VI ACa 481/07.

²⁹ Decyzja Prezesa UOKiK z dnia 17 marca 2011 r. nr RBG-5/2011.

komunalnych) **nie przekreśla możliwości oceny ich zachowania pod kątem nadużywania pozycji dominującej, w szczególności zaś czy zachowanie Zamawiających nie prowadzi do tzw. dławienia konkurencji.** Potwierdził to jednoznacznie Sąd Najwyższy w wyroku z 26 stycznia 2017 r. (sygn. akt I CSK 252/15).

- 11.11 Decydując o udzieleniu zamówienia w trybie zamówienia z wolnej ręki na rzecz PUK Chojna, **Zamawiający niewątpliwie wpływają na kształt rynku odbierania odpadów komunalnych zarówno w Gminie Chojna, jak i w Gminie Widuchowa** (wskazują bowiem podmiot, który na tym rynku może działać na zasadzie wyłączności), jednocześnie wpływając na warunki świadczenia usług odbierania i zagospodarowania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych na terenie obu gmin.
- 11.12 **Zamawiający mają pozycję dominującą na rynkach właściwych**, za które należy uznać rynek organizowania usług odbierania i zagospodarowania odpadów komunalnych z terenu, odpowiednio, Gminy Chojna i Gminy Widuchowa. **Są bowiem jedynymi podmiotami, które odpowiadają, każdy w swojej gminie, za organizację usług użyteczności publicznej z zakresu gospodarki odpadami.**
- 11.13 Zgodnie z UOKiK pod pojęciem rynku właściwego rozumie się rynek towarów, które ze względu na ich przeznaczenie, cenę oraz właściwości, w tym jakość, są uznawane przez ich nabywców za substytuty oraz są oferowane na obszarze, na którym, ze względu na ich rodzaj i właściwości, istnienie barier dostępu do rynku, preferencje konsumentów, znaczące różnice cen i koszty transportu, panują zbliżone warunki konkurencji (art. 4 pkt 9 UOKiK). W świetle tej definicji, rynek właściwy stanowi *pewną przestrzeń wyodrębnioną pod względem produktowym, geograficznym, a także temporalnym, na którym działają konkurujące ze sobą podmioty dążące do realizacji przysługującego im celu gospodarczego w wyniku zaspokojenia potrzeb nabywcy*³⁰.
- 11.14 Podkreślenia wymaga, że **do naruszenia przepisów UOKiK dochodzi nie tylko na rynku o strukturze faktycznie lub potencjalnie konkurencyjnej poprzez tworzenie przez dominującego przedsiębiorcę sztucznych barier wejścia podmiotów nowych lub rozwoju podmiotów już działających na tym rynku.** Zakazane na podstawie UOKiK *przeciwdziałanie ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji* może mieć miejsce także na rynkach, na których – tak jak w niniejszej sprawie – dominujący organizator rynku podejmuje decyzje wpływające na strukturę rynku, w tym na dopuszczenie przedsiębiorców do prowadzenia działalności na rynku.
- 11.15 Z uwagi na treść art. 9 ust. 2 pkt 5 UOKiK na przedsiębiorcy organizującym rynek, takim jak Zamawiający, **spoczywa obowiązek korzystania ze swoich kompetencji w sposób rzetelny i niedyskryminujący.** Organizator rynku narusza zakaz nadużywania pozycji dominującej, gdy uniemożliwia potencjalnym świadczeniodawcom rywalizowanie o rynek w oparciu o równe i niedyskryminujące zasady.

³⁰ Wyrok SN z dnia 15 października 2014 r., sygn. akt III SK 61/13.

- 11.16 Należy przyjąć, że do naruszenia dochodzi tym bardziej wówczas, gdy organizator rynku w ogóle eliminuje konkurencję o rynek, przyznając prawo świadczenia usług uznaniowo wybranemu przedsiębiorcy, w tym wypadku swojej własnej spółce komunalnej.
- 11.17 Podkreślenia wymaga, że najlepszą metodą zapewnienia przez organizatora rynku potencjalnym wykonawcom rywalizacji o rynek w oparciu o zasady wolnej i równej konkurencji jest wykorzystanie trybów wyboru wykonawcy na podstawie konkurencyjnych trybów przewidzianych w regulacjach dotyczących zamówień publicznych. W orzecznictwie antymonopolowym wyraźnie wskazuje się, że zarzut naruszenia art. 9 ust. 2 pkt 5 UOKiK przez przedsiębiorcę mającego pozycję dominującą (tu: Zamawiający) eliminuje dokonanie wyboru kontrahenta w trybie przetargowym, nawet jeżeli w wyniku przetargu w praktyce dochodzi do wyeliminowania z rynku usług innych przedsiębiorców³¹. Rozumując *a contrario*, naruszenie art. 9 ust. 2 pkt 5 UOKiK stanowić może wyeliminowanie przedsiębiorców z rynku (tu Odwołującego) na podstawie uznaniowej decyzji monopolisty dysponującego uprawnieniami do organizacji tego rynku.
- 11.18 Trzeba przypomnieć, że jak podniósł Trybunał, udzielenie zamówienia typu in-house, które nawet gdyby spełniało warunki określone w art. 12 ust. 3 Dyrektywy 2014/24/UE (art. 214 ust. 1 pkt 13 PZP), nie jest samo w sobie zgodne z prawem Unii³². Dokładnie z taką sytuacją mamy do czynienia z niniejszym przypadkiem.
- 11.19 Podsumowując, Zamawiający jako organizatorzy rynku usług odbierania odpadów komunalnych na terenie, odpowiednio, Gminy Chojna i Gminy Widuchowa są przedsiębiorcami o pozycji dominującej. W świetle przepisów UOKiK zakazane jest nadużywanie pozycji dominującej na rynku właściwym przez przedsiębiorcę poprzez przeciwdziałanie ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji. Zamawiający udzielając zamówienia w trybie niekonkurencyjnym, tj. w trybie zamówienia z wolnej ręki, uniemożliwiają lub co najmniej utrudniają działalność innych wykonawców, przez stworzenie barier wejścia na rynek lub rozwoju podmiotów już działających na rynku. Takie zachowanie, zgodnie z art. 9 ust. 2 pkt 5 UOKiK jest prawnie zakazane.
- 11.20 Na marginesie, warto zaznaczyć, że zgodnie z art. 6 ust. 1 UOKiK zakazane są porozumienia, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym. W ocenie Odwołującego, umowa sprzedaży udziałów w PUK Chojna zawarta pomiędzy Zamawiającym 1 a Zamawiającym 2 stanowi przykład właśnie takiego zakazanego porozumienia, jej jedynym celem, jak zostało wykazane powyżej, była bowiem próba obejścia prawa i udzielenie PUK Chojna zamówienia odbierania i zagospodarowania odpadów z Gminy Chojna i Gminy Widuchowa z naruszeniem ustawy.

³¹ Wyrok SN z dnia 9 marca 2004 r., sygn. akt III SK 13/04.

³² Wyrok TSUE z 3 października 2019 r. w sprawie C-285/18 *Irgita*, EU:C:2019:829, pkt 64.

12. UZASADNIENIE ZARZUTU Z PUNKTU 2.10 *PETITUM* – NARUSZENIE ZASAD KONKURENCJI

- 12.1 Ze względu na wartość zamówienia i jego zakres przedmiotowy, podlega ono przepisom PZP oraz Dyrektywy 2014/24/UE.
- 12.2 Zgodnie z art. 12 ust. 3 Dyrektywy 2014/24/UE zamówienia publiczne udzielone przez instytucje zamawiające osobie prawa prywatnego lub publicznego przy spełnieniu opisanych w tym artykule przesłanek nie są objęte zakresem stosowania tej dyrektywy.
- 12.3 Inaczej mówiąc, przepisów Dyrektywy 2014/24/UE nie stosuje się do tego typu umów, choć w dalszym ciągu stanowią one „zamówienie publiczne”, co jednoznacznie wynika z treści art. 12 ust. 3 Dyrektywy 2014/24/UE.
- 12.4 Z punktu widzenia prawa unijnego, co wynika z orzecznictwa TSUE, **zamówienia publiczne nieobjęte przepisami prawa wtórnego (dyrektywami) w dalszym ciągu podlegają przepisom TFUE³³**. Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej wskazuje, że choć udzielenie tego rodzaju zamówień nie podlega przepisom żadnej z dyrektyw, w których ustawodawca unijny uregulował udzielanie zamówień publicznych, to **wpływ prawa unijnego na ich udzielanie rozpatrywać trzeba w świetle prawa pierwotnego, a w szczególności w świetle podstawowych swobód ustanowionych w TFUE³⁴**.
- 12.5 W konsekwencji, **samo wyłączenie spod przepisów Dyrektywy 2014/24/UE nie jest wystarczające do uznania, że nie ma konieczności analizy danego przypadku w kontekście regulacji TFUE**, w szczególności wspomnianych w motywie pierwszym preambuły do Dyrektywy 2014/24/UE zasad swobody przedsiębiorczości (art. 49 TFUE) oraz swobody świadczenia usług (art. 56 TFUE), a także z zasadami, które się z nich wywodzą, takimi jak: zasada równego traktowania, zasada niedyskryminacji, zasada wzajemnego uznawania, zasada proporcjonalności oraz zasada przejrzystości.
- 12.6 Odwołujący zwraca przy tym uwagę, że **chodzi tu o uwzględnienie całości przepisów prawa pierwotnego (TFUE), a nie tylko wybranych i wskazanych przykładowo regulacji**. Obejmuje to zatem również przepisy dotyczące reguł konkurencji określone w art. 101-108 TFUE, w szczególności art. 102 zakazującego nadużywania pozycji dominującej oraz art. 106 i 107 dotyczących pomocy publicznej.
- 12.7 Stąd **wyłączenia zawartego w art. 12 ust. 3 Dyrektywy 2014/24/UE nie należy interpretować wyłącznie przez pryzmat jego literalnej treści, ale w kontekście całości regulacji w TFUE**. Z punktu widzenia prawa unijnego nie jest zatem tak, że wyłączenie przewidziane w art. 12 ust. 3 Dyrektywy 2014/24/UE uprawnia zamawiających do całkowitego wyłączenia zamówień publicznych spod wszelkich reguł przewidzianych w TFUE. **W dalszym ciągu są oni związani przepisami w nim określonymi, w tym przepisami o ochronie konkurencji**. Aby było inaczej,

³³ W odniesieniu do zamówień poniżej progów przewidzianych w dyrektywach dotyczących zamówień publicznych por. Trybunał Sprawiedliwości UE w sprawie C-159/11 oraz w sprawie C-358/12; w odniesieniu do zamówień nieobjętych przepisami dyrektyw ze względu na ich specyficzny charakter jako koncesji na usługi – por. Trybunał Sprawiedliwości UE w sprawie C-231/03.

³⁴ Por. Wyrok TSUE w sprawie C-231/03.

wyłączenie takie powinno zostać przewidziane w samym TFUE. Tak jest np. w przypadku, o którym mowa zarówno w Dyrektywie 2014/24/UE jak i PZP a dotyczącym art. 346 TFUE³⁵. Co do zasady jednak taki przedsiębiorca jak Zamawiający podlega regułom konkurencji, a przepisów szczególnych wyłączających gminy spod działania przepisów o ochronie konkurencji nie ma³⁶.

- 12.8 Decyzja Zamawiających o zastosowaniu trybu niekonkurencyjnego, czyli o udzieleniu zamówienia z wolnej ręki zgodnie z art. 214 ust. 1 pkt 13 PZP, **powinna zostać zatem poprzedzona, w poszanowaniu przepisów o ochronie konkurencji, właściwą analizą rynku uprawniającą do stwierdzenia, iż realizacja konkretnych zadań własnych zamawiającego nie jest w inny sposób (przy zachowaniu konkurencji) możliwa** oraz z poszanowaniem zasady efektywności wyrażonej w art. 17 ust. 1 i 2 PZP. Co więcej, przed wszczęciem postępowania Zamawiający winien przeprowadzić analizę potrzeb i wymagań w rozumieniu art. 83 PZP.
- 12.9 Obowiązek przeprowadzenia analizy potrzeb i wymagań wyrażony w art. 83 PZP ma służyć realizacji zasady efektywności wyrażonej w art. 17 ust. 1 PZP. Zgodnie z powyższą zasadą zamawiający winien udzielać zamówienia w sposób zapewniający najlepszą jakość usług, w ramach środków którymi dysponuje oraz z uwzględnieniem celu jakim jest uzyskanie najlepszych efektów zamówienia w stosunku do poniesionych nakładów (zasada efektywności zamówień publicznych).
- 12.10 Zgodnie z dyspozycją art. 83 PZP analiza potrzeb i wymagań powinna obejmować w szczególności badanie możliwości zaspokojenia zidentyfikowanych potrzeb z wykorzystaniem zasobów własnych oraz rozeznanie rynku:
- a) w aspekcie alternatywnych środków zaspokojenia zidentyfikowanych potrzeb;
 - b) w aspekcie możliwych wariantów realizacji zamówienia albo wskazuje, że jest wyłącznie jedna możliwość wykonania zamówienia.
- 12.11 Jednocześnie, przepis art. 83 ust. 3 PZP nie przewiduje możliwości odstąpienia od przeprowadzenia analizy w przypadku przesłanki określonej w art. 214 ust. 1 pkt 13 PZP.
- 12.12 W wyniku przeprowadzonej analizy zamawiający winien ustalić:
- a) orientacyjną wartość zamówienia dla każdego z wariantów realizacji zamówienia;
 - b) możliwość podziału zamówienia na części;
 - c) przewidywany tryb udzielenia zamówienia;
 - d) możliwość uwzględnienia aspektów społecznych, środowiskowych lub innowacyjnych zamówienia;
 - e) ryzyka związane z postępowaniem o udzielenie i realizacją zamówienia.

³⁵ Por. art. 1 ust. 3 Dyrektywy 2014/24/UE oraz art. 4 pkt 5b PZP.

³⁶ Wyrok SN z dnia 26 stycznia 2017 r., sygn. akt I CSK 252/15.

- 12.13 Dopiero na bazie takiej analizy, z której wynikałoby, że udzielenie zamówienia własnej spółce komunalnej jest jedynym lub najlepszym rozwiązaniem zapewniającym zamawiającemu realizację jego celów, możliwe jest dalsze procedowanie.
- 12.14 Z treści Ogłoszenia nie wynika, że Zamawiający przeprowadzili obowiązkową, w szczególności w kontekście udzielenia zamówienia z wolnej ręki, analizę potrzeb i wymagań. Co więcej, z treści ogłoszenia, sekcja III.3.1) wynika wprost, że Zamawiający nie prowadzili konsultacji rynkowych. Powyższe stanowi zatem naruszenie art. 83 PZP.
- 12.15 Podsumowując, do udzielania zamówienia, o którym mowa w art. 214 ust. 1 pkt 13 PZP w trybie z wolnej ręki **nie wystarczy spełnienie przesłanek wskazanych w tym przepisie**. Konieczne jest również to, aby zamówienie takie było zgodne z wymogami PZP i TFUE. Jednocześnie **zamówienie takie nie korzysta z domniemania zgodności z TFUE, jest bowiem zamówieniem wyłączonym spod zakresu stosowania Dyrektywy 2014/24/UE**. W praktyce oznacza to konieczność każdorazowego sprawdzania, czy w danych okolicznościach faktycznych zamówienie, którego zamawiający planuje udzielić na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 13 PZP nie narusza TFUE.
- 12.16 W celu zachowania zgodności z TFUE, ustawodawca polski regulując zamówienia, o których mowa w art. 12 ust. 3 Dyrektywy 2014/24/UE i przewidując dla nich tryb zamówienia z wolnej ręki przewidział specjalny **mechanizm weryfikacji (analizy) tej zgodności** w zakresie sytuacji rynkowej odpowiadający wymogom, o których mowa wyżej. **Mechanizm ten został zawarty w art. 216 ust. 1 PZP w zw. z Załącznikiem nr 2 do Rozporządzenia** (tj. publikacji ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy).
- 12.17 Wymóg publikacji ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy ma na celu **weryfikację sytuacji na rynku w zakresie planowanego zamówienia**. Zamawiający informuje o swym zamiarze skorzystania z art. 214 ust. 1 pkt 13 PZP i dopiero po 14 dniach od zamieszczenia takiej informacji jest uprawniony do zawarcia umowy ze wskazanym w ogłoszeniu podmiotem, co wynika z art. 216 ust. 2 PZP.
- 12.18 Jednak w przypadku, gdy okaże się, że zainteresowanie przedmiotowym zamówieniem wyrażą inne podmioty, udzielenie takiego zamówienia w trybie z wolnej ręki nie będzie możliwe. Nie zostaną bowiem w tym przypadku spełnione wymogi zachowania zgodności z TFUE. Konieczne będzie wówczas skorzystanie z innych trybów przewidzianych w PZP, przede wszystkim zaś z trybów podstawowych przewidzianych w art. 129 ust. 2 PZP tj. przetargu nieograniczonego i przetargu ograniczonego.
- 12.19 Zamawiający **nawet nie podjęli próby wykazania w Ogłoszeniu, że takie analizy zostały przeprowadzone, a powyższe wymogi spełnione**.
- 12.20 Tym samym, za sprzeczne z przepisami PZP, w tym art. 16 ust. 1 PZP, art. 17 ust. 1 PZP, art. 83 PZP oraz art. 129 ust. 2 PZP jak również z przepisami Dyrektywy 2014/24/UE, w tym jej art. 18 oraz art. 26 ust. 1 a także z zasadami swobody przedsiębiorczości i swobody świadczenia usług wyrażonymi w art. 49 i art. 56 TFUE należy uznać zachowanie Zamawiających, którzy zamierzają udzielić przedmiotowego zamówienia **w oderwaniu od sytuacji panującej na rynkach, na**

których ma ono zostać udzielone, w tym od istnienia rzeczywistej konkurencji, która pozwala na wybór podmiotu, któremu zamawiający mogliby powierzyć realizację zamówienia publicznego w sposób konkurencyjny.

- 12.21 Trzeba przypomnieć, że jak podniósł Trybunał, udzielenie zamówienia typu in-house, które nawet gdyby spełniało warunki określone w art. 12 ust. 3 Dyrektywy 2014/24/UE (art. 214 ust. 1 pkt 13 PZP), nie jest samo w sobie zgodne z prawem Unii³⁷.
- 12.22 Przyjęcie odmiennej interpretacji stałoby w sprzeczności z wymogami prowadzenia postępowań o zamówienie publiczne zgodnie z zasadami uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Wykładnia przepisów nie powinna sprowadzać się do szukania sensu poszczególnych wyrazów, lecz powinna szukać rzeczywistego sensu poszczególnych zdań, co wymaga jej połączenia z analizą celu regulacji prawnej³⁸.
- 12.23 Ponadto, odmienna od wskazanej powyżej interpretacja pozbawiałaby w rzeczywistości jakiegokolwiek znaczenia prawnego obowiązków dotyczących publikacji ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy przewidzianego w art. 216 ust. 1 i 2 PZP w zw. z art. 272 PZP oraz Załącznikiem nr 2 do Rozporządzenia oraz braku możliwości zawarcia umowy w terminie 14 dni od dnia zamieszczenia takiego ogłoszenia. Niedopuszczalne zaś jest ustalanie znaczenia norm prawnych w taki sposób, aby pewne ich części były traktowane jako zbędne³⁹.
- 12.24 Podsumowując, Zamawiający, którzy zamierzają udzielić zamówienia na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 13 PZP w związku z art. 12 ust. 3 Dyrektywy 2014/24/UE, mają obowiązek każdorazowego sprawdzania, czy w danych okolicznościach faktycznych zamówienie, którego planują udzielić nie narusza TFUE. Brak takiej analizy stanowi jaskrawe naruszenie art. 83 PZP, art. 214 ust. 1 pkt 13 PZP oraz art. 16 ust. 1 PZP i 17 ust. PZP jak również zasad konkurencji wynikających z art. 49, art. 56, art. 102 i art. 106 TFUE.

13. UZASADNIENIE WNIOSKU O SKIEROWANIE PYTAŃ PREJUDYCJALNYCH DO TRYBUNAŁU SPRAWIEDLIWOŚCI UNII EUROPEJSKIEJ

- 13.1 Przepisy prawa polskiego stanowiące podstawę formułowanych w treści odwołania zarzutów stanowią bezpośrednią implementację zapisów Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych.
- 13.2 W celu zapewnienia stałości i jednolitości praktyki w zakresie objętym sporem w niniejszej sprawie, konieczne jest wskazanie przez Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej sposobu wykładni przepisów Dyrektywy, której zapisy zostały odzwierciedlone w przepisach PZP.

³⁷ Wyrok TSUE z 3 października 2019 r. w sprawie C-285/18 *Irgita*, EU:C:2019:829, pkt 64.

³⁸ Por. np. uchwała 7 sędziów NSA z dnia 20 marca 2000 roku, sygn. akt FPS 14/99.

³⁹ Por. np. uchwała 7 sędziów NSA z dnia 25 lutego 2002 roku, sygn. akt FPS 13/01.

14. WNIOSEK KOŃCOWY

- 14.1 W świetle powyższego, wskazane w treści niniejszego odwołania zarzuty są zasadne i zasługują na uwzględnienie.
- 14.2 Wnoszę zatem jak na wstępie, z uwzględnieniem całokształtu przedstawionej powyżej argumentacji.

W imieniu Odwołującego



Signed by /
Podpisano przez:

Tomasz Wojciech
Michalczyk

Date / Data: 2021-
03-08 18:58

r. pr. Tomasz Michalczyk

Wykaz załączników:

- 1) Informacja odpowiadająca odpisowi aktualnemu z rejestru przedsiębiorców dla Odwołującego.
- 2) Informacja odpowiadająca odpisowi aktualnemu z rejestru przedsiębiorców dla ATF Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością.
- 3) Pełnomocnictwo udzielone przez Odwołującego dla r. pr. Tomasza Michalczyka.
- 4) Dowód uiszczenia opłaty skarbowej od pełnomocnictwa.
- 5) Dowód uiszczenia wpisu od odwołania.
- 6) Potwierdzenie przesłania odwołania Zamawiającym za pomocą poczty elektronicznej.
- 7) Ogłoszenie.
- 8) Informacją odpowiadającą odpisowi pełnemu z Rejestru Przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego z dnia 8 marca 2021 r. dla PUK Chojna.
- 9) Zdjęcia umowy spółki PUK Chojna uzyskane w sądzie rejestrowym spółki w wersji obowiązującej w dniu 22 grudnia 2020 r. jak i na dzień 8 marca 2021 r.
- 10) Umowa z 18 grudnia 2021 r. dot. sprzedaży udziałów w PUK Chojna.
- 11) Zrzuty ekranu ze strony internetowej PUK Chojna (<http://pukchojna.pl/index.php/o-firmie/>) z dnia 8 marca 2021 r.
- 12) Wnioski o dostęp do informacji publicznej z dnia 28 grudnia 2020 r. skierowane do Zamawiającego 1, Zamawiającego 2 oraz PUK Chojna oraz odpowiedzi PUK Chojna na wniosek.
- 13) Uchwała Rady Gminy Widuchowa z 8 grudnia 2020 r.

- 14) Uchwała Rady Miejskiej w Chojnie z 17 grudnia 2020 r. wraz z załącznikami.
- 15) Analiza stanu gospodarki odpadami komunalnymi na terenie gminy Chojna za rok 2019.
- 16) Informacją odpowiadającą odpisowi pełnemu z Rejestru Przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego z dnia 8 marca 2021 r. dla EKO-MYŚL Sp. z o.o.
- 17) Uchwała Rady Gminy Widuchowa nr XXII/157/2020 z dnia 24 listopada 2020 r.
- 18) Uchwała Rady Miejskiej w Chojnie nr XXV/191/2020 z dnia 26 listopada 2020 r.
- 19) Ogłoszenie nr 510034891-N-2020 z 26 lutego 2020 r.
- 20) Ogłoszenie nr 510034933-N-2020 z 26 lutego 2020 r.
- 21) Ogłoszenie nr 510034974-N-2020 z 26 lutego 2020 r.