

Białystok, dnia 7.03.2022 r.

**Prezes Krajowej Izby Odwoławczej
przy Prezesie Urzędu
Zamówień Publicznych**

Odwołujący: MPO Sp. z o.o.

ul. 42 Pułku Piechoty 48

15-950 Białystok

KRS nr: 0000006372

Tel. 85 6768300

Email: zamowienia@mpo.bialystok.pl

Reprezentowany przez:

Zarząd w osobach:

Tomasza Kalinowskiego

Uprawnionego jednoosobowo do reprezentacji.

Zamawiający: Gmina Rajgród

Ul. Warszawska 32

19-206 Rajgród

Tel. 86 272 19 40

email: mariola.lapszys@um.rajgrad.wrotapodlasia.pl

REGON: 450669743

Nr ogłoszenia, którego dotyczy odwołanie: 2022/BZP 00073418/01

Opis przedmiotu zamówienia:

Główny kod CPV: 90500000-2 - Usługi związane z odpadami

Dodatkowy kod CPV: 90511000-2 - Usługi wywozu odpadów 90512000-9 - Usługi transportu odpadów
90513100-7 - Usługi wywozu odpadów pochodzących z gospodarstw domowych

**Odwołanie od czynności Zamawiającego którą jest wszczęcie postępowania o udzielenie
zamówienia z wolnej ręki w drodze ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy usługi ODBIÓR I
TRANSPRT ODPADÓW KOMUNALNYCH Z NIERUCHOMOŚCI ZAMIESZKAŁYCH Z TERENU GMINY
RAJGRÓD z dnia 2.03.2022 r. nr 2022/BZP 00073418/01**

Niniejszym działając na podstawie art. 513 ustawy prawo zamówień publicznych składam odwołanie od czynności Zamawiającego, którą jest wszczęcie postępowania o udzielenie zamówienia z wolnej ręki, co nastąpiło przez publikację ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy Usługi TRANSPORT ODPADÓW KOMUNALNYCH Z NIERUCHOMOŚCI ZAMIESZKAŁYCH Z TERENU GMINY RAJGRÓD opublikowanego Biuletynie Zamówień Publicznych dnia 2.03.2022 r., nr ogłoszenia 2022/BZP 00073418/01.

Przedmiotem zamówienia, którego dotyczy postępowanie jest odbiór odpadów i transport komunalnych z nieruchomości zamieszkałych z terenu Gminy Rajgród w 2022 r. (jakkolwiek w treści ogłoszenia nie wskazano wprost, w jakim okresie realizowane ma być zamówienie).

Z uwagi na datę publikacji ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy, co miało miejsce w dniu 2.03.2022 r. odwołujący wskazuje, iż termin do wniesienia odwołania został zachowany.

Zamawiający w treści ogłoszenia nie określił wartości zamówienia. Dlatego z ostrożności opłata od odwołania została uiszczona w wysokości odpowiadającej wartości zamówienia równej lub przekraczającej progi unijne, natomiast wniesienie odwołania nastąpiło w terminie przewidzianym dla postępowania poniżej progów unijnych. Odwołujący wskazuje, iż próby uzyskania od Zamawiającego informacji o szacunkowej wartości zamówienia nie przyniosły rezultatu.

Czynności Zamawiającego zarzucam naruszenie następujących przepisów prawa:

1. Art. 214 ust. 1 pkt 13 lit. a) pzp. w zw. z pkt. 4 ppkt. 2 załącznika nr 2 do rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r w sprawie ogłoszeń zamieszczanych w Biuletynie zamówień publicznych,

- co polegało na zaniechaniu spełnienia spoczywającego na Zamawiającym obowiązku informacyjnego (wykazania w samej treści ogłoszenia) odnośnie spełnienia przesłanki sprawowania nad daną osobą prawną przez zamawiającego wspólnie z innymi zamawiającymi, o których mowa w art. 4 i art. 5 ust. 1 pkt 1, kontroli, która odpowiada kontroli sprawowanej przez nich nad własnymi jednostkami, a ograniczyło się jedynie do ogólnego wskazania, że Zamawiający sprawuje, wspólnie z innymi udziałowcami kontrolę, która odpowiada kontroli w zakresie nie wykraczającym poza brzmienie art. 214 ust. 1 pkt 13 lit. a p.z.p.

2. Art. 214 ust. 1 pkt 13 lit. b) pzp. w zw. z art. 214 ust. 5 p.z.p. w zw. z art. 214 ust. 6 p.z.p. w zw. z pkt. 4 ppkt. 2 załącznika nr 2 do rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r w sprawie ogłoszeń zamieszczanych w Biuletynie zamówień publicznych

- co polegało na zaniechaniu spełnienia spoczywającego na Zamawiającym obowiązku informacyjnego (wykazania w samej treści ogłoszenia) odnośnie spełnienia wymaganej dla udzielenia zamówienia z wolnej ręki na podstawie wskazanej przez Zamawiającego przesłanki, zgodnie z którą 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 powinno, w odniesieniu do zamówienia, którego dotyczy niniejsze odwołanie być udokumentowane za pomocą wiarygodnych prognoz handlowych (ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy nie zawierało wyczerpujących informacji w w/w zakresie).

3. Art. 214 ust. 1 pkt 13 lit. a) p.z.p.

- co polegało na wszczęciu postępowania o zamówienie z wolnej ręki w drodze publikacji ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy w sytuacji, gdy przesłanki wymagane dla wszczęcia tego postępowania i w rezultacie do zawarcia umowy nie zaistniały w związku z tym, że Zamawiający, wspólnie z innymi wykonawcami nie sprawuje nad podmiotem, z którym chce zawrzeć umowę kontroli, która odpowiada kontroli sprawowanej przez nich nad własnymi jednostkami

4. Art. 214 ust. 1 pkt 13 lit. b) p.z.p. w zw. z art. 214 ust. 5 p.z.p. w zw. z art. 214 ust. 6 p.z.p.

- co polegało na wszczęciu postępowania o zamówienie z wolnej ręki w drodze publikacji ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy w sytuacji, gdy przesłanki wymagane dla prowadzenia tego postępowania i zawarcia w jego rezultacie umowy nie zaistniały w związku z tym, że w przypadku podmiotu, który ma realizować zamówienie (BiomTrans Sp. z oo. nie jest spełniony wymóg, zgodnie z którym ponad 90% działalności tego podmiotu dotyczy wykonywania zadań powierzonych jej przez zamawiających sprawujących nad nią kontrolę lub przez inne osoby prawne kontrolowane przez tych zamawiających

Które to powyższe naruszenia stanowią wadę, o której mowa w art. art. 255 pkt 6 p.z.p.

W związku z powyższymi zarzutami wnoszę o:

- uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu, unieważnienia postępowania, którego dotyczy niniejsze odwołanie.

Wnoszę o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów:

Wydruku ogłoszenia z dnia 2.03.2022 r. – celem wykazania, iż odwołanie nie zawiera elementów niezbędnych do wykazania:

- sprawowania nad wykonawcą kontroli, która odpowiada kontroli sprawowanej przez Zamawiającego nad własnymi jednostkami;

- 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;

Pism Odwołującego do Zamawiającego z dnia 7.03.2022 r. celem wykazania, iż odwołujący żądał dokumentów potwierdzających, czy możliwe jest udzielenie zamówienia objętego ogłoszeniem z dnia 16.12.2021, przez Zamawiającego w trybie art. 214 ust 1 pkt 13 ustawy pzp. Wskazuję, iż Odwołujący do dnia złożenia odwołania nie uzyskał odpowiedzi na wskazane powyżej pisma.

Umowy spółki BIOM Trans sp. z o.o. – celem wykazania zakresu kontroli sprawowanej przez Zamawiającego z innymi zamawiającymi nad wykonawcą Biom Trans

- i tym samym – nie spełnienia w przypadku Zamawiającego i spółki BiomTrans przesłanki sprawowania nad wykonawcą, kontroli, która odpowiada kontroli sprawowanej przez Zamawiającego nad własnymi jednostkami

Dokumentu „Kalkulacja Kosztów i Przychodów BiomTrans Sp. z o.o. w roku 2022”, datowanego na 30.11.2021 r.; celem wykazania sposobu, w jaki Zamawiający określił zakres działalności wykonawcy BiomTrans w odniesieniu do wykonywania zadań powierzonych przez udziałowców (14 gmin)

- i tym samym wykazania, że nie zostało wykazane za pomocą wiarygodnych prognoz handlowych, iż ponad 90% działalności kontrolowanej osoby prawnej dotyczyć będzie wykonywania zadań powierzonych jej przez zamawiających sprawujących nad nią kontrolę lub przez inne osoby prawne kontrolowane przez tych zamawiających;

Z ostrożności wnoszę o zobowiązanie Zamawiającego do przedłożenia do akt postępowania przed KIO zainicjowanego niniejszym odwołaniem **prognozy o której mowa w art. 214 ust 6 ustawy prawo zamówień publicznych oraz dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z tak uzyskanej dokumentacji** celem wykazania 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.

Uzasadnienie

Dnia 2.03.2022 r. Zamawiający Gmina Rajgród opublikował w Biuletynie Zamówień Publicznych ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy (tryb z wolnej ręki) z BiomTrans Sp. z o.o. dotyczącej odbioru odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, które znajdują się na terenie gminy Knyszyn w 2022 r.

Zgodnie z treścią ogłoszenia (Sekcja IV Tryb udzielenia zamówienia oraz Sekcja VI Informacje Dodatkowe):

Zgodnie z art. 214 ust.1 pkt. 13: „Zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki, jeżeli zachodzi co najmniej jedna z następujących okoliczności: 13) zamówienie udzielane jest przez zamawiającego, o którym mowa w art. 4 i art. 5 ust. 1 pkt 1, osobie prawnej, jeżeli spełnione są łącznie następujące warunki:

a) zamawiający wspólnie z innymi zamawiającymi, o których mowa w art. 4 i art. 5 ust. 1 pkt 1, sprawuje nad daną osobą prawną kontrolę, która odpowiada kontroli sprawowanej przez nich nad własnymi jednostkami, przy czym wspólne sprawowanie kontroli ma miejsce, jeżeli spełnione są łącznie następujące warunki: cd. w tym uzasadnienie faktyczne znajduje się w informacjach dodatkowych.

– w skład organów decyzyjnych kontrolowanej osoby prawnej wchodzi przedstawiciele wszystkich uczestniczących zamawiających, z zastrzeżeniem, że poszczególny przedstawiciel może reprezentować więcej niż jednego zamawiającego,

– uczestniczący zamawiający mogą wspólnie wywierać dominujący wpływ na cele strategiczne oraz istotne decyzje kontrolowanej osoby prawnej,

– kontrolowana osoba prawna nie działa w interesie sprzecznym z interesami zamawiających sprawujących nad nią kontrolę,

b) ponad 90% działalności kontrolowanej osoby prawnej dotyczy wykonywania zadań powierzonych jej przez zamawiających sprawujących nad nią kontrolę lub przez inne osoby prawne kontrolowane przez tych zamawiających,

c) w kontrolowanej osobie prawnej nie ma bezpośredniego udziału kapitału prywatnego;

BiomTrans Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Dolistowie Starym, poczta JAŚWIŁY, zarejestrowana w Krajowym Rejestrze Sądowym nr 0000941787, REGON: 520422164; NIP: 5461398167 spełnia wszystkie wymagania określone przepisem art.214 ust.1 pkt. 13 lit. a) do c), to znaczy:

1. w skład organów decyzyjnych Spółki BiomTrans wchodzi przedstawiciele wszystkich uczestniczących zamawiających,

2. uczestniczący zamawiający może wspólnie wywierać dominujący wpływ na cele strategiczne oraz istotne decyzje kontrolowanej Spółki BiomTrans,

3. Spółki BiomTrans nie działa w interesie sprzecznym z interesami zamawiających sprawujących nad nią kontrolę,
4. według sporządzonej prognozy handlowej na perspektywę roku 2022 praktycznie 100% działalności Spółki BiomTrans dotyczyć będzie wykonywania zadań powierzonych jej przez zamawiających sprawujących nad nią kontrolę lub przez inne osoby prawne kontrolowane przez tych zamawiających,
5. w Spółce BiomTrans nie ma bezpośredniego udziału kapitału prywatnego;
W kolejnych latach – po roku 2022 – potwierdzenie, iż „ponad 90% działalności Spółki BiomTrans dotyczy wykonywania zadań powierzonych jej przez zamawiających sprawujących nad nią kontrolę lub przez inne osoby prawne kontrolowane przez tych zamawiających” dokonywane będzie w dwojaki sposób:
 - 1) na podstawie faktycznych przychodów z roku obrotowego 2022 r.
 - 2) prognozy handlowej na lata przyszłe

Ogłoszenie nie zawiera jakichkolwiek innych treści służących uzasadnieniu spełnienia przesłanek udzielenia zamówienia na podstawie wskazanej przez Zamawiającego, to jest art. 214 ust. 1 pkt 13 p.z.p.

W żadnym razie nie można uznać, aby spełnione zostały wymogi w zakresie uzasadnienia trybu zamówienia z wolnej ręki w odniesieniu do przesłanek wskazanych w art. 214 ust. 1 pkt 13 lit a) oraz b) p.z.p.

W treści uzasadnienia **wyroku KIO z dnia 22 czerwca 2021 r., KIO 731/21** w podobnym stanie faktycznym zaprezentowano następujące wnioski:

na zamawiających nałożone zostały określone obowiązki informacyjne, w tym w szczególności dotyczące przedstawienia uzasadnienia faktycznego i prawnego trybu zamówienia z wolnej ręki. Powyższa czynność zamawiającego (przedstawienie uzasadnienia w BZP) ma kluczowe znaczenie dla wykonawców potencjalnie zainteresowanych danym zamówieniem, którzy na podstawie zamieszczonego właśnie w Biuletynie Zamówień Publicznych uzasadnienia wybranego trybu dokonują oceny prawidłowości czynności zamawiającego, przede wszystkim z uwagi na ewentualność skorzystania ze środków ochrony prawnej. Dokonywana następczo przez Izbę ocena legalności zastosowanego trybu udzielenia zamówienia wywołanego wniesieniem odwołania również następuje w oparciu o uzasadnienie faktyczne i prawne upublicznione w Biuletynie Zamówień Publicznych. Tym samym to po stronie zamawiającego leży zawsze wyczerpujące i wszechstronne przedstawienie okoliczności faktycznych i prawnych celem wykazania wszystkich przesłanek warunkujących udzielenie zamówienia in - house na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 13 ustawy Pzp, poddawanych ewentualnej kontroli wykonawców oraz Izby.

W okolicznościach niniejszej sprawy wymogi informacyjne nie zostały spełnione. Uzasadnienie – zarówno w odniesieniu do przesłanki z art. 214 ust. 1 pkt 13 lit a) jak i lit. b) jest zdecydowanie niewystarczające.

Odnosnie wymogu kontroli podobnej do kontroli sprawowanej nad własnymi jednostkami, w literaturze prezentowany jest pogląd:

Według utrwalonego orzecznictwa „analogiczna kontrola” istnieje, gdy osoba prawna podlega kontroli pozwalającej instytucji zamawiającej na skuteczne wywieranie wpływu na jej decyzje. Chodzi o możliwość przesądzającego wpływu zamawiającego zarówno na strategiczne cele, jak i na jej istotne decyzje zarządcze (wyr. TSUE: z 18.11.1999 r. w sprawie [C-107/98](#), Teckal Srl v. Comune di Viano i Azienda Gas-Acqua Consorziale (AGAC) di Reggio Emilia, EU:C:1999:562; z 13.10.2005 r. w sprawie [C-458/03](#), Parking Brixen GmbH v. Gemeinde Brixen i Stadtwerke Brixen AG, EU:C:2005:605; z 13.11.2008

r. w sprawie [C-324/07](#), *Coditel Brabant SA v. Commune d'Uccle i Région de Bruxelles-Capitale*, EU:C:2008:621; z 10.9.2009 r. w sprawie [C-573/07](#), *Sea Srl v. Comune di Ponte Nossa*, EU:C:2009:532; z 29.11.2012 r. w sprawach połączonych [C-182/11](#) i [C-183/11](#), *Econord SpA przeciwko Comune di Cagno i in.*, EU:C:2012:758). (A. Matusiak w: **Prawo zamówień publicznych. Komentarz**, pod red. A. Jaworskiej, komentarz do art. 213 pzp)

W uzasadnieniu wyroku KIO z dnia 14 października 2019 r, sygn. KIO 1842/19 (przywołanym i aprobowanym w wyroku KIO z dnia 22 czerwca 2021 r. KIO 731.21) stwierdza się:

Uwzględniając dorobek orzecniczy Trybunału Sprawiedliwości, w doktrynie wskazuje się, że dominujący wpływ na cele strategiczne powinien być rozumiany jako skupienie po stronie zamawiającego wykonującego kontrolę nad daną osobą prawną kompetencji w zakresie wyznaczania celów, do których realizacji została powołana dana osoba prawna, czy też modyfikacji tych celów. Dominujący wpływ na cele strategiczne to także możliwość wiążącego powierzenia danej osobie prawnej realizacji zadania publicznego, do którego realizacji obowiązany jest zamawiający i w celu realizacji którego powołał do życia daną osobę prawną. W tym kontekście wpływ na cele strategiczne nie powinien być rozumiany jako formalny brak autonomii woli po stronie kontrolowanej osoby prawnej, lecz jako możliwość oddziaływania poprzez działania faktyczne i prawne na realizację powierzonych zadań. Przejawem dominującego wpływu na cele strategiczne będzie konieczność uzgadniania (w ramach ładu korporacyjnego lub w związku z narzuconymi postanowieniami umownymi) kluczowych działań inwestycyjnych i rozwojowych. Z kolei wpływ na istotne decyzje dotyczące zarządzania sprawami osoby prawnej to konieczność uzgadniania (w tym także w postaci zgód korporacyjnych) czynności doniosłych (istotnych) z uwagi na skalę prowadzonej działalności oraz brak autonomicznych uprawnień organu zarządzającego danej osoby prawnej gwarantujących jej daleko posuniętą niezależność decyzyjną (por. J. Jerzykowski (w:) W. Dzierżanowski, J. Jerzykowski, M. Stachowiak "Prawo zamówień publicznych. Komentarz" wyd. VII, WKP 2018).

W żadnym razie treść ogłoszenia z dnia 2.03.2022 r. nie uzasadnia stwierdzenia, że mamy – w przypadku relacji spółki BiomTrans oraz 14 gmin – udziałowców – z jakimkolwiek przejawem kontroli odpowiadającej podanym powyżej cechom. W istocie z treści ogłoszenia nie wynika nic poza tym, że udziałowcami spółki są wskazane gminy. Jednak z samego faktu przysługiwania udziałów takim podmiotom w ogóle nie wynika, abyśmy mieli do czynienia z kontrolą podobną do kontroli sprawowanej do jednostek podległych. Z treści wyroku KIO z dnia 22 czerwca 2021 r. wprost wynika, że przysługiwanie 100% udziałów podmiotom – zamawiającym nie stanowi jeszcze o sprawowaniu kontroli, o której mowa w art. 214 ust. 1 pkt 13 lit. a) p.z.p.

Odwołujący podnosi, iż nie zostały spełnione przesłanki dla zawarcia umowy w trybie art. 214 ust 1 pkt 13 bowiem Zamawiający to jest Gmina Rajgród nie sprawuje nad wykonawcą kontroli, która odpowiada kontroli sprawowanej przez Zamawiającego nad własnymi jednostkami. Dla wykazania powyższego wskazuję, iż sam fakt posiadania przez Zamawiającego udziałów w spółce z ograniczoną odpowiedzialnością jest niewystarczający. Kontrola wykonywana w ramach praw korporacyjnych w oparciu o przepisy kodeksu spółek handlowych, nawet w przypadku posiadania całego kapitału może okazać się nie wystarczająca. „**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.**” – tak z uzasadnienia wyroku KIO 731/21. Skoro Zamawiający w treści ogłoszenia wbrew ciążącemu na nim obowiązкови nie wskazuje w jaki sposób kontrola rozumiana jak wyżej będzie sprawowana nad

wykonawcą, należy uznać, iż uprawnienia zamawiającego będą sprowadzać się wyłącznie do prawa głosu z przysługujących mu udziałów.

Wskazać trzeba, że Odwołujący dysponuje kopią umowy spółki BiomTrans, która to kopia została mu udostępniona przez Gminę Grajewo, będącą jednym z udziałowców. Kopia umowy spółki (umowa spółki z dnia 8.10.2021 r., rep. A nr 3426/2021) została dołączona do niniejszego odwołania. Zgodnie z treścią umowy spółki (§ 24 pkt 3) do wyłącznej własności zgromadzenia wspólników należy zatwierdzanie kierunku rozwoju spółki i planów jej działalności gospodarczej. Jest to jedyne postanowienie umowy spółki, które może być rozpatrywane w kontekście wymogu sprawowania kontroli przez zamawiających. Przy tym w żadnym razie nie gwarantuje ona wpływu na działalność wykonawcy, o którym mowa w art. 214 ust. 1 pkt 13 lit. a) tiret drugie p.z.p. Tym samym nie ma jakichkolwiek przesłanek, które by pozwalały uznać, że wymóg ustawowy w tym zakresie został spełniony.

Ponadto wskazać trzeba, że w żaden sposób nie jest wykazana przesłanka, o której mowa w art. 214 ust. 1 pkt 13 lit. b) p.z.p., tzn., 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. Zgodnie z art. 213 ust. 5 p.z.p. do obliczania procentu działalności, o którym mowa w ust. 1 pkt 11 lit. b, pkt 12 lit. b, pkt 13 lit. b i pkt 14 lit. c, uwzględnia się średni przychód osiągnięty przez osobę prawną lub zamawiającego w odniesieniu do usług, dostaw lub robót budowlanych za 3 lata poprzedzające udzielenie zamówienia.

Z kolei ust. 6 art. 214 p.z.p. stanowi, że w przypadku, gdy ze względu na dzień utworzenia lub rozpoczęcia działalności przez osobę prawną lub zamawiającego lub reorganizację ich działalności dane dotyczące średniego przychodu za 3 lata poprzedzające udzielenie zamówienia są niedostępne lub nieadekwatne, procent działalności, o którym mowa w ust. 1 pkt 11 lit. b, pkt 12 lit. b, pkt 13 lit. b i pkt 14 lit. c, ustala się za pomocą wiarygodnych prognoz handlowych.

Wynika stąd, że w przypadku spółki BiomTrans przesłanka z art. 214 ust. 1 pkt 13 lit. b) powinna być wykazana za pomocą wiarygodnych prognoz handlowych. W treści ogłoszenia zamawiający wprawdzie powołuje się na taki dokument, jednak w sposób całkowicie ogólnikowy i nie wskazuje na jakiegokolwiek szczegółowe ustalenia zawarte w tej prognozie. Nie wskazuje też na nazwę tego konkretnego dokumentu, datę jego sporządzenia ani autora.

Odwołujący wskazuje, że otrzymał jeszcze w 2021 r. od jednego z udziałowców BiomTrans, Gminy Grajewo, dokument zatytułowany „Kalkulacja kosztów i Przychodów BiomTrans Sp. z o.o. w roku 2022 r., datowany na 30.11.2021 r. Dokument ten jest podpisany przez prezesa zarządu BiomTrans. Jeśli w intencji Zamawiającego ten dokument miałby być wiarygodną prognozą handlową, o której mowa we wskazanych przepisach p.z.p. to z pewnością nie spełnia on wymaganych prawem przesłanek, w szczególności w zakresie „wiarygodności”. Jest to, nie oparte na jakiegokolwiek przedstawionych tam założeniach wyjściowych, zestawienie prognoz różnych kosztów oraz przychodów spółki. Jednak – jak wspomniano – nie ma jakiegokolwiek danych pozwalających na przyznanie temu zestawieniu znamienia „wiarygodności”. Nie przedstawiono jakiegokolwiek uzasadnienia, które by wskazywało, dlaczego zostały przyjęte akurat takie, a nie inne wielkości wskazane w poszczególnych pozycjach tabeli. Nie można abstrahować od tego, że zestawienie to zostało sporządzone przez prezesa zarządu spółki a w jego powstaniu nie brał udziału jakiegokolwiek wiarygodny podmiot zewnętrzny z zakresu rachunkowości czy też doradztwa gospodarczego.

Z ostrożności, na wypadek gdyby istniał inny dokument, który mógłby być uznany za prognozę handlową o której mowa w odnośnych p.z.p., Odwołujący wskazuje, że nie otrzymał on takiego dokumentu stąd sformułował w petitum odwołania wnioski o zobowiązanie Zamawiającego do

złożenia takiego dokumentu do akt sprawy zainicjowanej niniejszym odwołaniem i dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z tego dokumentu celem wykazania spełnienia przesłanki, zgodnie z którą 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.

O zasadności zarzutów stanowiących podstawę niniejszego wniosku świadczy również postępowanie innych gmin – współników BiomTrans Sp. z o.o.

Wskazuję, że szereg gmin – udziałowców BiomTrans ogłaszało o zamiarze zawarcia umowy z BiomTrans w trybie zamówienia z wolnej ręki w grudniu 2021 r.

Dotyczy to w szczególności udziałowców BiomTrans, którymi są Gmina Bargłów Kościelny, Gmina Sztabin, Gmina Grajewo, Gmina Knyszyn.

Występujący z niniejszym wnioskiem MPO Sp. z o.o. w związku z publikacją przez udziałowców BiomTrans Sp. z o.o. ogłoszeń o zamiarze zawarcia umowy z wolnej ręki z BiomTrans, składał odwołania w odniesieniu do ogłoszeń udostępnianych przez w/w podmioty. W treści odwołań formułował zarzuty odnośnie naruszenia przez zamawiających art. 214 ust. 1 lit. a) i b) p.z.p.

Co istotne, wskazane powyżej gminy jako zamawiający **uwzględniły odwołania w całości**, tym samym przyznały, że:

- nie sprawują nad BiomTrans kontroli, o której mowa w art. 214 ust. 1 pkt 13 lit. a) p.z.p.
- nie jest spełniona przesłanka, zgodnie z którą 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

Dowodem na powyższe są odpowiednio:

- a) Postanowienie Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 3.01.2022 r., sygn. KIO 3713/21 umarzające postępowanie odwoławcze z odwołania MPO – Gmina Bargłów Kościelny – zamawiający uwzględnił odwołanie w całości
- b) Postanowienie Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 31 grudnia 2021 r. sygn. KIO 3714/21 umorzenie postępowania odwoławczego – Gmina Sztabin – zamawiający uwzględnił odwołanie w całości
- c) Postanowienie Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 29 grudnia 2021 r. KIO 3668/21 – umorzenie postępowania odwoławczego – Gmin Grajewo – zamawiający uwzględnił zarzuty odwołania w całości
- d) Postanowienie KIO z dnia 28 grudnia 2021 r. KIO 3702/21 – umorzenie postępowania odwoławczego – Gmina Knyszyn – zamawiający uwzględnił zarzuty odwołania w całości

Interes prawny odwołującego, przesłanka szkody (art. 505 ust. 1 p.z.p.)

Zamawiający bezzasadnie zastosował tryb zamówienia z wolnej ręki przez co wyłączona została możliwość ubiegania się o udzielenie zamówienia przez odwołującego. Odwołujący jest podmiotem prowadzącym działalność gospodarczą w zakresie, którego dotyczy przedmiot zamówienia. Wskazuje na to jednoznacznie przedmiot działalności spółki kreślony w wydruku KRS MPO dołączony do niniejszego odwołania. Jak wskazuje się w literaturze:

„Inną osobą w rozumieniu art. 505 ust. 1 p.z.p. będą też potencjalni wykonawcy, którzy kwestionują prawidłowość zastosowania trybów niekonkurencyjnych przez zamawiającego (zamówienie z wolnej ręki, negocjacje bez ogłoszenia). Podmioty te zostają bowiem pozbawione szansy wzięcia udziału w postępowaniu, którą miałyby, gdyby zamawiający prowadził postępowanie w trybie rozpoczynającym się publicznym ogłoszeniem.” J. Jerzykowski [w:] W. Dzierżanowski, Ł. Jaźwiński, M. Kittel, M. Stachowiak, J. Jerzykowski, **Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2021, art. 505.**

Odwołujący, w rezultacie udzielenia zamówienia z wolnej ręki, pozbawiony zostaje możliwości wzięcia udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego i tym samym możliwości zawarcia umowy z Zamawiającym co wiąże się z utratą potencjalnego wynagrodzenia związanego ze zrealizowaniem zamówienia. W tej perspektywie można mówić o szkodzie, o której mowa w art. 505 § 1 pzp.

W doktrynie wskazuje się:

„szkoda jako przesłanka środka odwoławczego powinna być rozumiana w sposób cywilistyczny, tj. zarówno jako strata, jak i jako utracone korzyści, przy czym w praktyce przeważać będzie ten drugi rodzaj szkody, zaś utracone korzyści to utracone przez wykonawcę (lub inną osobę) przychody z uzyskanego zamówienia. (...)

*„Zazwyczaj szkoda przybiera postać pozbawienia wykonawcy możliwości uzyskania określonego zysku w następstwie uniemożliwienia mu wzięcia udziału w postępowaniu bądź w następstwie uniemożliwienia wyboru jego oferty. Do wniesienia odwołania wystarczająca jest jednak sama możliwość poniesienia szkody jako prawdopodobne następstwo naruszenia przez zamawiającego przepisów. Wystąpienie szkody jako takiej nie jest warunkiem sine qua non zasadności środka odwoławczego. Rozwiązanie to umożliwia wnoszenie środków ochrony prawnej już wobec pierwszych czynności zamawiającego dokonanych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego (np. odwołanie od postanowień ogłoszenia o zamówieniu)”. J. Jerzykowski [w:] **Odwołanie i skarga w zamówieniach publicznych. Artykuły 505–590 ustawy – Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2021, art. 505.***

Uwagi powyższe są aktualne odnośnie sytuacji Odwołującego, co sprawia, że spełnione są przesłanki wskazane w art. 505 ust. 1 p.z.p.

W świetle powyższego, postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego co odpowiada postanowieniom art. 255 pkt 6 p.z.p. Stąd uzasadnione jest nakazanie Zamawiającemu unieważnienia postępowania.

Załączniki:

1. KRS odwołującego
2. Dowód uiszczenia opłaty od odwołania w kwocie 15000zł
3. Wydruk ogłoszenia z dnia 2.03.2022 r.
4. Wydruk KRS BiomTrans Sp. z o.o.

5. Kopia umowy spółki BiomTrans Sp. z o.o.
6. Kalkulacja kosztów i Przychodów BiomTrans Sp. z o.o. w roku 2022 r., dokument datowany na 30.11.2021 r.
7. Pismo Odwołującego do Zamawiającego z dnia 7.03.2022 r. (w trybie pzp)
8. Pismo Odwołującego do Zamawiającego z dnia 7.03.2022 r (w trybie dostępu do informacji publicznej)
9. Postanowienie Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 3.01.2022 r., sygn. KIO 3713/21
10. Postanowienie Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 31 grudnia 2021 r. sygn. KIO 3714/21
11. Postanowienie Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 29 grudnia 2021 r. KIO 3668/21
12. Postanowienie KIO z dnia 28 grudnia 2021 r. KIO 3702/21
13. Dowód wysłania odwołania Zamawiającemu – za pośrednictwem wiadomości email.