



Urząd Gminy Elk

ul. T. Kościuszki 28A, 19-300 Elk
tel. +48 87 619 45 50, faks +48 87 619 45 01
e-mail: ug@elk.gmina.pl, www.elk.gmina.pl

GMINA ELK

ul. T. Kościuszki 28A
19-300 ELK
tel. 87 619 45 00
REGON 790671099 NIP 848-18-31-367

Elk, dnia 14. lutego 2022 r.

Nr sprawy: KZP.271.3.1.2022

Do wszystkich wykonawców

dot. Odbiór i transport odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych położonych na terenie Gminy Elk

Zamawiający: Gmina Elk ul. T. Kościuszki 28 A, 19-300 Elk

Informacja o wniesieniu odwołania

oraz wezwanie do przystąpienia do postępowania odwoławczego

Dotyczy postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 11 ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 ze zm.)

Działając w trybie art. 524 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.; zwanej dalej: PZP), zawiadamiam o wniesieniu odwołania w dniu 10 lutego 2022 r. przez Wykonawcę: KOMA Elk Sp. z o. o. z siedzibą ul. Krzemowa 8B, 19-300 Elk, KRS 0000667940.

Mając na uwadze powyższe oraz zgodnie z art. 524 PZP, **wzywam** Wykonawców do przystąpienia do postępowania odwoławczego. Zgodnie z postanowieniami art. 525 ust. 1 PZP 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 w formie przewidzianej w art. 508 PZP doręcza się Prezesowi Izby, a jego kopię przesyła się Zamawiającemu oraz Wykonawcy wnoszącemu odwołanie. Do zgłoszenia przystąpienia dołącza się dowód przesłania kopii zgłoszenia przystąpienia Zamawiającemu oraz Wykonawcy wnoszącemu odwołanie. 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 (art. 525 ust. 3 PZP).

W załączeniu do niniejszego pisma przekazuję treść odwołania.

WÓJT
mgr Tomasz Osowski

Sporządziła: Magdalena Prosińska
Wydział Gospodarki Komunalnej i ZP
tel. +48 87 619 45 53
m.prosiska@elk.gmina.pl

Sprawdził: Marcin Supiński
Wydział Gospodarki Komunalnej i ZP
tel. +48 87 619 45 55
m.supinski@elk.gmina.pl




KANCELARIA RADCÓW PRAWNYCH
MARCIN BOGDAN
I WSPÓLNICY

Ełk, 10 lutego 2022 r.

Prezes Krajowej Izby Odwoławczej
Ul. Postępu 17a 02-676 Warszawa

Odwołujący: KOMA Ełk Sp. z o.o.
KRS 0000667940
Ul. Krzemowa 8B, 19-300 Ełk
adres poczty elektronicznej: zamowienia@koma.pl
zastępowana przez radcę prawnego Marcina Bogdana
z Kancelarii Radców Prawnych Marcin Bogdan i Wspólnicy
ul. Wojska Polskiego 53/4, 19-300 Ełk
e-mail: bogdan@kancelaria-mb.pl

Zamawiający: Gmina Ełk
Ul. T. Kościuszki 28A, 19-300 Ełk
numer telefonu: 87 619 45 00
adres poczty elektronicznej: ug@elk.gmina.pl

Przedmiot zamówienia:  Odbiór i transport odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych położonych na terenie Gminy Ełk KZP.271.3.1.2022

Publikacja ogłoszenia: Ogłoszenie nr 2022/BZP 00042285/01 z dnia 2022-01-31

ODWOŁANIE

W imieniu KOMA Ełk Sp. z o.o. (zwanej dalej: „**Odwołującym**”) – w oparciu o załączone pełnomocnictwo, na podstawie art. 513 pkt 1 i 2 w zw. z art. 505 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych - Dz.U. 2021 r. poz. 1129 (zwanej dalej: „**PZP**”) wnoszę odwołanie od czynności z dnia 31.01.2022 r. polegającej na zmianie ogłoszenia do zamówienia na Odbiór i transport odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych położonych na terenie Gminy Ełk (zwanym dalej „**Postępowaniem**”).

Zamawiający dopuścił się naruszenia niżej wymienionych, przepisów PZP, tj.:

- 1) art. 214 ust. 1 pkt 11 PZP w związku z art. 216 ust. 1 PZP oraz ust. 4 pkt 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 (Dz. U. poz. 2439) poprzez:

- a) dokonanie zmiany ogłoszenia w ten sposób, że uzasadnienie prawne i faktyczne zastosowanego trybu zamówienia publicznego zamieszczono w piśmie procesowym do KIO – odpowiedź na odwołanie
- b) nienależyte uzasadnienie faktyczne i prawne spełnienia przez spółkę, której zamawiający zamierza powierzyć zamówienie in house przesłanki określonej w art. 214 ust. 1 pkt 11 lit b pzp w szczególności polegające na :
 - braku potwierdzenia w dokumentach zamówienia, że Zakład Usług Gminnych Gmina Ełk Spółka z o. o. uzyskał średnioroczny przychód z działalności za ostatnie 3 lata w ponad 90% pochodzący z zadań powierzonych przez zamawiającego
 - włączeniu do dokumentacji zamówienia zestawienia przychodu za 2019-2021 pochodzące od Zakład Usług Gminnych Gmina Ełk Spółka z o. o., które jest nierzetelne i nie zostało zweryfikowane przez Zamawiającego.

Ze względu na powyższe zarzuty, Odwołujący wnosi o:

- 1) rozpoznanie i uwzględnienie odwołania,
- 2) dopuszczenie dowodu z dokumentów znajdujących się w aktach KIO 3666/21 oraz KIO 181/22
- 3) 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);
- 4) obciążenie Zamawiającego w całości kosztami postępowania odwoławczego, w tym kosztami zastępstwa prawnego.

Interes w uzyskaniu zamówienia i szkoda

Odwołujący jest wykonawcą, prowadzącym działalność w zakresie gospodarki odpadowej, realizującym w przeszłości zamówienie polegające na odbiorze odpadów komunalnych z terenów Gminy Ełk wybranym w trybie konkurencyjnym (przetargu nieograniczony), które to zamówienie skończyło się z dniem 31.12.2021 r. Zamawiający zamierza zlecić na kolejny okres odbiór odpadów komunalnych w trybie niekonkurencyjnym (w tzw. in house) niezgodnie z przepisami PZP co pozbawi Odwołującego możliwości ubiegania się o realizację zamówienia a tym samym naraża go na szkodę, która polega na utracie potencjalnego wynagrodzenia związanego ze zrealizowaniem zamówienia. Dokument zestawienie przychodów ZUG wprowadzony do dokumentów zamówienia przez zamawiającego, kwestionowaną w niniejszym odwołaniu zmianą ogłoszeni nie może stanowić podstawy ustalenia przez zamawiającego spełnienia przesłanki z art. 214 ust. 1 pkt 11 lit b pzp.

Termin na wniesienie odwołania

W związku z tym, że zakwestionowanej czynności – zmiany ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy Zamawiający dokonał w dniu 31.01.2022 r. to 10 dniowym termin (dla zamówienia powyżej progów unijnych) na zaskarżenie tej czynności upływa w dniu 10.02.2022 r.

UZASADNIENIE

1. Stan faktyczny.

Zamawiający w dniu 17.01.2022 r. zamieścił w BZP ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy na Odbiór i transport odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych położonych na terenie Gminy Ełk.

Zamawiający w ogłoszeniu nr 2022/BZP 00022576 z dnia 2022-01-17w sekcji IV Tryb Udzielenia Zamówienia wskazał, że:

„4.1.) Tryb udzielenia zamówienia/ wraz z podstawą prawną: Zamówienie udzielane jest w trybie zamówienia z wolnej ręki na podstawie: art. 214 ust. 1 pkt 11 ustawy 4.2.) Uzasadnienie faktyczne i prawne wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia albo zamówienia z wolnej ręki: Zamówienie w trybie z wolnej ręki zostanie udzielone na podstawie art. 214 ust. 1 pkt. 11 ustawy Prawo zamówień publicznych (Pzp). Spełnione są łącznie wszystkie warunki określone w art. 214 ust.1 pkt. 11 ppkt a-c ustawy Pzp: 1) Zamówienie udzielane jest przez zamawiającego Gminę Ełk, o którym mowa w art. 4 i art 5 ust.1 pkt. 1 Pzp, osobie prawnej – Zakładowi Usług Gminnych Gmina Ełk sp. z o.o. (ZUG Gmina Ełk sp. z o.o.) 2) Kontrolę prawną nad ZUG Gmina Ełk sp. z o.o. odpowiadającą kontroli sprawowanej nad własnymi jednostkami sprawuje Gmina Ełk która posiada w niej 100% udziałów 3) Ponad 90% działalności ZUG Gmina Ełk sp. z o.o. dotyczy zadań powierzonych przez Gminę Ełk i została ona powołana w celu realizacji zadań powierzonych przez Gminę Ełk 4) W ZUG Gmina Ełk sp. z o.o. nie ma bezpośredniego udziału kapitału prywatnego”.

Następnie zamawiający ogłoszeniem o zmianie ogłoszenia z dnia 31.01.2022 2022/BZP 00042285/01, zastąpił dotychczasową treść 4.2. następującą:

„4.2.) Uzasadnienie faktyczne i prawne wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia albo zamówienia z wolnej ręki: Zamówienie w trybie z wolnej ręki zostanie udzielone na podstawie art. 214ust. 1pkt.11ustawy Prawo zamówień publicznych (Pzp). Spełnione są łącznie wszystkie warunki określone w art. 214ust.1 pkt. 11ppkt a-c ustawy Pzp:1) Zamówienie udzielane jest przez zamawiającego Gminę Ełk, o którym mowa w art.4 i art5 ust.1 pkt.1 Pzp, osobie prawnej – Zakładowi Usług Gminnych Gmina Ełk sp. z o.o. (ZUG Gmina Ełk sp. z o.o.)2)Kontrolę prawną nad ZUG Gmina Ełk sp. z o.o. odpowiadającą kontroli sprawowanej nad własnymi jednostkami sprawuje Gmina Ełk która posiada w niej 100% udziałów 3)Ponad90% działalności ZUG Gmina Ełk sp. z o.o. dotyczy zadań powierzonych przez Gminę Ełk i została ona powołana w celu realizacji zadań powierzonych przez Gminę Ełk 4)W ZUG Gmina Ełk sp. z o.o. nie ma bezpośredniego udziału kapitału prywatnego. Pełna treść uzasadnienia faktycznego i prawnego dostępna jest w treści dokumentu "Odpowiedź Zamawiającego na odwołanie" pod adresem: <http://elk-ug.bip.eur.pl/public/?id=217816>”

W odpowiedzi na odwołanie, o którym mowa wyżej sporządzonym na potrzeby postępowania przed KIO 181/22 Zamawiający odniósł się do zarzutów odwołania podając argumentację, w kwestii spełnienia przesłanek z art. 214 ust. 1 pkt 11 pzp. W kwestii przesłanki, która brzmi:

„b) ponad 90% działalności kontrolowanej osoby prawnej dotyczy wykonywania zadań powierzonych jej przez zamawiającego sprawującego kontrolę lub przez inną osobę prawną, nad którą ten zamawiający sprawuje kontrolę, o której mowa w lit. a”

zamawiający powołał się jedynie na załącznik nr 1 do odpowiedzi na odwołanie, zestawienie przychodów ZUG za lata 2019-2021, z którego miałyby wynikać, że spółka posiada wymagany poziom przychodów.

2. Uzasadnienie zarzutów.

Udzielenie zamówienia w trybie *in-house* na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 11–14 p.z.p. nakłada na zamawiającego dodatkowe obowiązki ogłoszeniowe (określone w art. 216 PZP). Wymaga się bowiem zamieszczenia w BZP przed udzieleniem zamówienia (tj. zawarciem umowy) ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy w tym trybie. Obowiązek ten ma na celu umożliwienie innym podmiotom dokonania oceny, czy zamawiający ma podstawy do udzielenia zamówienia *in-house* w świetle przesłanek przewidzianych w Prawie zamówień publicznych (A. Gawrońska-Baran [w:] E. Wiktorowska, A. Wiktorowski, P. Wójcik, A. Gawrońska-Baran, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany*, LEX/el. 2021, art. 216.) W wyroku KIO z 22.06.2021 r., KIO 731/21, KIO 747/21, Izba podkreśliła, że wymóg publikacji ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy wynikający z art. 216 ust. 1 p.z.p., nie ma na celu weryfikacji sytuacji na rynku w zakresie planowanego zamówienia, lecz umożliwienie wykonawcom – jeszcze przed zawarciem umowy – kontroli legalności zastosowanego trybu udzielenia zamówienia. Instytucja ta gwarantuje wykonawcom możliwość uzyskania informacji o prowadzonym postępowaniu o udzielenie zamówienia, w tym podjęcie decyzji w przedmiocie ewentualnego skorzystania ze środków ochrony prawnej celem zakwestionowania zastosowanego trybu. Z kolei zamawiającym pozwala uniknąć negatywnych konsekwencji związanych z ewentualną koniecznością unieważnienia umowy zawartej w wyniku udzielenia zamówienia z wolnej ręki z naruszeniem przepisów Prawa zamówień publicznych. Nałożenie na zamawiającego obowiązku zamieszczenia ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy w trybie określonym w art. 214 ust. 1 pkt 13 p.z.p., niewątpliwie jest przejawem ochrony konkurencji i zapewnienia transparentności postępowania.

Zgodnie z art. 214 ust. 1 pkt 11 PZP dopuszczalność zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki w przypadku zamówienia *in-house* ograniczona jest do sytuacji, gdy spełnione są łącznie następujące warunki:

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

Zamawiający realizując opisane wyżej obowiązki ogłoszeniowe powinien wykazać (a nie jedynie przywołać – jako to uczynił) istnienie kwestionowanej niniejszym odwołaniem przesłanki z art. 214 ust. 1 pkt 11 lit b zaś właściwym miejscem ku temu jest treść ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy, dla której minimalne informacje zostały ustalone Załącznikiem nr 2 do Rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie ogłoszeń zamieszczanych w Biuletynie Zamówień Publicznych (Dz. U. poz. 2439). W ust. 4 pkt 2 w/w załącznika określono, że w ogłoszeniu o zamiarze zawarcia umowy powinno znaleźć się:

„4. Tryb udzielenia zamówienia:

(...)

2) uzasadnienie faktyczne i prawne wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia albo zamówienia z wolnej ręki;”

Zamawiający dokonując zaskarżonej czynności, polegającej na zmianie ogłoszenie w ten sposób, że brakującą argumentację w zakresie przesłanek udzielenie zamówienia in house zawarł w odpowiedzi na odwołanie, dopuścił się naruszenia art. 216 ust. 1 pzp bowiem zawarł uzasadnienie poza ogłoszenie – w piśmie procesowym. Przywołany wyżej przepis pzp nie przewiduje tego rodzaju uzupełnienia treści odwołania jak to zrobił Zamawiający, dodatkowo w taki sposób zamawiający utrudnia dostęp do informacji o uzasadnieniu wyboru trybu z wolnej ręki.

Z ostrożności procesowej Odwołujący podaje, że nawet jeśli dopuścić tego rodzaju uzupełnienie treści ogłoszenia, które zastosował zamawiający to analiza pisma „odpowiedź na odwołanie” wskazuje, że:

- 1) zestawienie przychodów ZUG (stanowiące załącznik nr 1 do odpowiedzi na odwołanie) jest dokumentem nie pochodzącym od Zamawiającego, którego Zamawiający nawet nie zweryfikował. Przepisy pzp nakładają na zamawiającego obowiązki należytego zweryfikowania przesłanek pozwalających obrać dany tryb udzielenia zamówienia publicznego, w tej sytuacji zaś Gmina Elk poprzestała na zapewnieniach własnej spółki, że ta wymagany poziom przychodów posiada. Wskazać należy, że ZUG nie podał Zamawiającemu pełnych danych wynikających z własnej dokumentacji księgowej, które następnie Zamawiający mógłby ocenić zgodnie z wytycznymi płynącymi z art. 214 ust. 1 pkt 11 lit b pzp w związku z art. 214 ust. 5 pzp. W to miejsce zaś ZUG podał zamawiającemu tylko te przychody, które zdaniem ZUG należy wliczać do przychodu, o którym mowa art. 214 ust. 1 pkt 11 lit b pzp, samodzielnie pomijając pewne grupy przychodów kapitałowych i operacyjnych jednocześnie samodzielnie decydując, które przychody pochodzą z zadań powierzonych przez Gminę, a które z zadań „komercyjnych”. Odwołujący neguje taki sposób ustalania przesłanki posiadania wymaganego przychodu. Zdaniem Odwołującego Zamawiający może oprzeć się o dane podane przez ZUG, ale to zamawiający powinien ocenić (bo to on odpowiada za poprawne zastosowanie przepisów pzp) jaki okres należy przyjąć do obliczenia wymaganego przychodu, jakie przychody pominąć w wyliczeniu (tj. nie pochodzące z usług, dostaw i robót budowlanych) i które zadania zakwalifikować jako powierzone przez zamawiającego a które jako pozostałe. Nieuprawnione jest poprzestanie przez zamawiającego na samodzielnym wyliczeniu przychodu przez ZUG i zapewnienia tejsze spółki, że przychód o który mowa w art. 214 ust. 1 pkt 11 lit b pzp został osiągnięty.
- 2) Przyjęto do ustalenia przychód za lata 2019-2021 r. pomimo, że nie powstało jeszcze sprawozdanie finansowe za 2021 r. (nawet w niezatwierdzonej wersji). Zgodnie zaś opinią UZP (pod nazwą Współpraca publiczno-publiczna w rozumieniu ustawy Prawo zamówień publicznych) Procent działalności określa się w oparciu o dane finansowe z ostatnich 3 lat poprzedzających zamówienie, co należy rozumieć jako dane o uzyskanych przychodach zawartych w sprawozdaniach finansowych za 3 lata poprzedzające rok udzielenia zamówienia.

- 3) pozycje przychodów zawarte w kwestionowanym załączniku są jedynie hasłowe uniemożliwiające przystąpienie do ich weryfikacji
- 4) utrudnieniem jest podanie wszystkich przychodów łącznie, bez rozbicia na poszczególne lata co również utrudnia weryfikację tych danych
- 5) nierzetelność zestawienia w porównaniu z danymi wynikającymi z sprawozdań finansowych za lata 2017-2020

dowód: załącznik D oraz D1-D4, opracowania odwołującego znajdującego się w aktach sprawy KIO 181/22

- 6) pomimo starań Odwołującego w pozyskaniu danych pozwalających podjąć próbę weryfikacji zestawienie przychodów nie było to możliwe bo Zamawiający i ZUG utrudniają dostęp do tych danych

dowód: załącznik B oraz B1-B8, opracowania odwołującego znajdującego się w aktach sprawy KIO 181/22

Powyższe argumenty świadczą o niezgodności z pzp zaskarżonej czynności zamawiającego polegającej na zmianie ogłoszenia i włączeniu do dokumentacji zamówienia zestawienia przychodów ZUG za 2019-2021 r., które nie potwierdza spełniania przez spółkę wymaganego poziomu przychodów w zadań powierzonych jej przez Zamawiającego.

Załączniki:

- pełnomocnictwo wraz opłatą skarbową
- informacja z KRS Odwołującego,
- dowód uiszczenia wpisu od odwołania
- potwierdzenie przekazania odwołania do Zamawiającego

Podpis jest prawidłowy

Dokument podpisany przez Marcin
Bogdan
Data: 2022.02.10 15:30:55 CET