



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

Elk, dnia 25 stycznia 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 24 stycznia 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.

Z up. WÓJTA
ZASTĘPCA WÓJTY
GMINY ELK
Bożena Wołyniec

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

Sprawdził: Marcin Supiński 
Wydział Gospodarki Komunalnej i ZP
tel. +48 87 619 45 35
m.supinski@elk.gmina.pl



KANCELARIA RADCÓW PRAWNYCH
MARCIN BOGDAN
I WSPÓLNICY

Ełk, 24 stycznia 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 00022576 z dnia 2022-01-17

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 wyboru przez Gminę Ełk (zwaną dalej „**Zamawiającym**”) trybu z wolnej ręki 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 niewyczerpujące uzasadnienie prawne i faktyczne wyboru trybu udzielenia zamówienia publicznego w Ogłoszeniu o zamiarze zawarcia umowy,

- 2) art. 214 ust. 1 pkt 11 lit a) PZP poprzez zamierzenie udzielenia zamówienia spółce Zakład Usług Gminnych Gmina Ełk Spółka z o. o., w której nie posiada dominującego wpływu na cele strategiczne oraz istotne decyzje dotyczące zarządzania sprawami tej osoby prawnej,
- 3) art. 214 ust. 1 pkt 11 lit b) PZP poprzez zamierzenie udzielenia zamówienia spółce Zakład Usług Gminnych Gmina Ełk Spółka z o. o., w której mniej niż 90% średniego rocznego przychodu z działalności za ostatnie 3 lata poprzedzające udzielenie zamówienia pochodzi z zadań powierzonych przez zamawiającego,

Ze względu na powyższe zarzuty, Odwołujący wnosi o:

- 1) rozpoznanie i uwzględnienie odwołania,
- 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) 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, obecnie realizującym zamówienie polegające na odbiorze odpadów komunalnych z terenów Gminy Ełk wybranym w trybie konkurencyjnym (przetargu nieograniczonego), 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.

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 Elk sp. z o.o. dotyczy zadań powierzonych przez Gminę Elk i została ona powołana w celu realizacji zadań powierzonych przez Gminę Elk 4) W ZUG Gmina Elk sp. z o.o. nie ma bezpośredniego udziału kapitału prywatnego”.

W tym miejscu dodać, należy że niniejsze postępowanie jest drugim w tym samym przedmiocie (Odbiór i transport odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych położonych na terenie Gminy Elk). Pierwsze zapoczątkowane ogłoszeniem nr 2021/BZP 00310224 z dnia 2021-12-10, po odwołaniu złożonym przez KOMA Elk Sp. z o.o. Krajowa Izba Odwoławcza w sprawie o sygn. akt 3666/21 wyrokiem z dnia 14.01.2022 r. nakazała unieważnić.

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 w/w przesłanek, a 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 w pkt 4.2. Ogłoszenia nr 2021/BZP 00310224 z dnia 2021-12-10 przystępując do uzasadnienia faktycznego i prawnego wybranego trybu (z określonych w art. 214 ust. 1 pkt 11 PZP przywołał wszystkie przesłanki pozwalające na udzielenie zamówienia in house, bez szerszego ich uzasadnienia ani też wykazania. W szczególności twierdzenie o tym, jakoby 90% działalności ZUG Gmina Ełk sp. z o.o. dotyczy zadań powierzonych przez Gminę Ełk, jest niczym nie poparte, zamawiający nawet nie próbuje odwołać się do jakiegokolwiek wyliczeń i ustaleń, nie podaje także za jaki okres owe „90% działalności” pochodzi. Dodatkowo odwołujący zarzuca także, że ustawa precyzuje w art. 214 ust. 5 PZP, że 5. do obliczania procentu działalności, uwzględnia się średni przychód osiągnięty przez osobę prawną lub zamawiającego w odniesieniu do usług, dostaw lub robót budowlanych za 3 lata poprzedzające udzielenie zamówienia. W kontekście brzmienia w/w przepisu zapewnienie, że 90% działalności spółki pochodzi z zadań powierzonych przez zamawiającego nie potwierdza spełnienia w/w przesłanki. Z tego wynika, że Gmina Ełk nie sprostała określonymu wyżej obowiązkowi ogłoszeniowemu co czyni wadliwym całe postępowanie.

Odwołujący podnosi także, że pomimo niedochowania przez zamawiającego przywołanego powyżej obowiązku ogłoszeniowego, spółka której zamierza powierzyć realizację zamówienia nie spełnia przesłanek, określonych w art. 214 ust. 1 pkt 11 lit a i b PZP. W szczególności spółka posiada średnioroczny przychód z działalności zleconej przez gminę na poziomie niższym niż 90%. Pomimo braku jakiegokolwiek uzasadnienia gminy przy wyborze trybu udzielenia zamówienia, Odwołujący dostrzegł w sprawozdaniu z działalności za lata 2018-2020 spółki informację, że:

- 1) w części II sytuacja majątkowa i finansowa w pkt 4 Struktura zleceń, znajduje się jednakowo brzmiąca informacja, że:
„Pozyskiwanie zleceń odbywało się w podziale na trzy grupy docelowe:
 - usługi na rzecz budżetu gminy
 - usługi na rzecz innych podmiotów gospodarczych
 - usługi na rzecz odbiorców indywidualnychNajwiększa struktura % zleceń stanowią odbiorcy indywidualni, następnie budżet gminy oraz inne podmioty gospodarcze.
- 2) w części II sytuacja majątkowa i finansowa w pkt 2 Wykonanie sprzedaży i kosztów
 - a) za 2020 znajdują się usługi nazwane „Prostki woda”; „usł.pozos.zlecone WOD-KAN” oraz „dzierżenie sieci” na łączną wartość przychodu ponad 1 mln zł, co w porównaniu z ogólnym przychodem za 2020 (7.5 mln) stanowi **ponad 13%**,

- b) za 2019 r. znajdują się usługi nazwane „Prostki woda” „usługi pozostałe zlecone” z których przychód stanowi ponad 800 tys., co w porównaniu z przychodem ogólnym za 2019 r. (6.3 mln) stanowi **ponad 9,7%**
- c) za 2018 znajdują się usługi nazwane „PUK Prostki”; „usługi pozostałe zlecone” z których przychód stanowi ponad 880 tys., co w porównaniu z przychodem ogólnym za 2018 (5.7 mln) stanowi **ponad 15%**

a to wskazuje (wnioskując z samego opisu rodzaju usługi), że nie został dochowany średni z ostatnich 3 lat % wskaźnik przychodu z zamówień zleconych przez zamawiającego (na poziomie 90%) pozwalający na udzielenie zamówienia z art. 214 ust. 1 pkt 11 PZP.

Dowód: sprawozdanie z działalności Zakładu Usług Gminnych Gmina Ełk Sp. z o.o. za lata 2018, 2019, 2020 wygenerowane z przeglądarki dokumentów finansowych dostępnej pod adresem <https://ekrs.ms.gov.pl/>

Odwołujący pismem z dnia 24 stycznia 2022 r. wystąpił do Zamawiającego o przedstawienie m.in. dokumentów na podstawie których Zamawiający na podstawie, których Zamawiający doszedł do przekonania, że cyt. „Ponad 90% działalności ZUG Gmina Ełk sp. z o.o. dotyczy zadań powierzonych przez Gminę Ełk” (treść z ogłoszenia nr 2022/BZP 00022576 z dnia 2022-01-17). Odwołujący wniósł także o przekazanie informacji, jaki okres (ze wskazaniem początkowej daty dziennej i końcowej daty dziennej) Zamawiający przyjął dla oceny, że „Ponad 90% działalności ZUG Gmina Ełk sp. z o.o. dotyczy zadań powierzonych przez Gminę Ełk”.

Dowód: pismo z dnia 24.01.2022 r.

W kwestii zaś przesłanki sprawowania kontroli nad osobą prawną, której zamawiający zamierza powierzyć realizację zamówienia Odwołujący powołuje się na wyrok KIO z dnia 4 października 2019 r. sygn. akt: KIO 1842/19 gdzie Izba wskazuje, że: "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)." Z powyższego

Odwołujący wnioskuję, że dla spełnienia w/w przesłanki nie jest wystarczająca przywołana w uzasadnieniu ogłoszenia informacja, że Zamawiający posiada 100% udziałów w tejże spółce.

Z uwagi na powyższe okoliczności i zaprezentowaną argumentację odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Załączniki:

- pełnomocnictwo wraz opłatą skarbową
- informacja z KRS Odwołującego,
- dowód uiszczenia wpisu od odwołania
- potwierdzenie przekazania odwołania do Zamawiającego
- ogłoszenie nr 2022/BZP 00022576 z dnia 2022-01-17
- pismo z 24.01.2022 r.
- sprawozdanie z działalności Zakładu Usług Gminnych Gmina Ełk Sp. z o.o. za lata 2018, 2019, 2020 wygenerowane z przeglądarki dokumentów finansowych dostępnej pod adresem <https://ekrs.ms.gov.pl/>