

**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 maja 2022 r.

Nr sprawy: KZP.271.3.14.2022

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 23 maja 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 WÓJTA
GMINY ELK
Bożena Wołyniec

Sporządziła: Magdalena Prostko
Wydział Gospodarki Komunalnej i ZP
tel. +48 87 619 45 53
m.prostko@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

Elk, 23.05.2022 r.

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

Odwołujący: KOMA Elk Sp. z o.o.
KRS 0000667940
Ul. Krzemowa 8B, 19-300 Elk
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 Elk
e-mail: bogdan@kancelaria-mb.pl

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

Publikacja ogłoszenia: Ogłoszenie nr 2022/BZP 158377/01 z dnia 13 maja 2022 r.

ODWOŁANIE

W imieniu KOMA Elk 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 (zwanej dalej: „PZP”) wnoszę odwołanie od wyboru przez Gminę Elk (zwaną dalej „Zamawiającym”) trybu z wolnej ręki do zamówienia na Odbiór i transport odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych położonych na terenie Gminy Elk (zwanym dalej „Postępowaniem”).

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

- 1) art. 214 ust. 1 pkt 11 lit b) 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 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 b) PZP oraz 112 ust. 1 PZP i w związku z art. 214 ust. 9 PZP poprzez zamierzenie udzielenia zamówienia spółce Zakład Usług Gminnych Gmina Ełk Spółka z o. o. (dalej „ZUG”), w której mniej niż 90% średniego rocznego przychodu z działalności za ostatnie 3 lata poprzedzające udzielenie zamówienia pochodzi z zadań powierzonych przez zamawiającego, która także w związku z tym nie posiada zdolności do należytego wykonania zamówienia.

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,
- 4) przeprowadzenie dowodu z dokumentów dołączonych do odwołania.

Interes w uzyskaniu zamówienia i szkoda

Odwołujący jest wykonawcą, prowadzącym działalność w zakresie gospodarki odpadowej, w 2021 r. realizującym zamówienie polegające na odbiorze odpadów komunalnych z terenów Gminy Ełk wybranym w trybie konkurencyjnym (przetargu nieograniczonego). Zamawiający zamierza zlecić na 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.

1.1. Poprzednie zamówienie in house na odbiór odpadów w 2022 r.

Zamawiający zaskarżone niniejszym odwołaniem zamówienie in house, zamierza zlecić swojej spółce na lata 2023-2025, poprzednio zlecił tożsame na 2022 r. Odwołujący dwukrotnie kwestionował w Krajowej Izbie Odwoławczej czynności zamawiającego zmierzające do zawarcia umowy na odbiór odpadów trybie niekonkurencyjnym na 2022 r. Odwołanie od ogłoszenia nr 2021/BZP 00310224 z dnia 2021-12-10 zostało przez Izbę uwzględnione (KIO 3666/21) w wyniku czego zamawiający unieważnił postępowanie. Następnie Zamawiający ponownie ogłosił (nr 2022/BZP 00042285/01 z dnia 2022-01-31), że zamierza udzielić zamówienia in house, a odwołanie Odwołującego od tego ogłoszenia zostało przez Izbę oddalone wyrokiem z dnia 7 lutego 2022 r. (KIO 181/22).

1.2. Zamówienie in house na odbiór odpadów w 2023-2025

Zamawiający w dniu 13.05.2022 r. zamieścił w BZP ogłoszenie o zamiarze zawarcia z własną spółką ZUG Gmina Ełk Sp. z o.o. umowy na Odbiór i transport odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych położonych na terenie Gminy Ełk w latach 2023-2025

W pkt 4.2. ogłoszenia zamawiający poinformował, że pełna treść uzasadnienia faktycznego i prawnego znajduje się na jego stronie internetowej. Tam zamawiający zamieścił dokumenty w których – w piśmie z dnia 12.05.2022 opisowo przedstawia spełnienie przesłanek udzielenia zamówienia z wolnej ręki, a w kolejnych załącznikach w szczególności zamieszcza wyliczenia ZUG obrazujące średni przychód za ostatnie trzy lata.

1.3. Niezwiązanie Izby rozstrzygnięciami KIO w orzeczeniach zapadłych w ramach innego zamówienia, o którym mowa w pkt 1.1

W wyroku z dnia 7 lutego 2022 r. (KIO 181/22), Izba oddaliła odwołanie Odwołującego, który kwestionował zgodność z prawem udzielenia ZUG na rok 2022 zamówienia in house na odbiór odpadów.

W pierwszej kolejności wskazać należy, że niniejsze odwołanie dotyczy innego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (tj. in house na 2023-2025, poprzednie zaś to in house na 2022 r.) i z tego tytułu orzeczenie w sprawie KIO 181/22 nie ma wiążącej mocy przy rozpatrywaniu niniejszego odwołania. Zaden przepis PZP nie wiąże składu orzekającego w tej sprawie rozstrzygnięciem oraz argumentacją wyrażoną w odwołaniu rozpatrywanym w sprawie KIO 181/22, a z art. 528 pkt 4 PZP wynika, że odrzucić odwołanie można tylko wtedy jeśli odwołujący powołuje się wyłącznie na te same okoliczności, które były przedmiotem rozstrzygnięcia przez Izbę w sprawie innego odwołania, dotyczącego tego samego postępowania wniesionego przez tego samego odwołującego.

Po drugie zakres niniejszego odwołania jedynie w części jest zbieżny z argumentacją Odwołującego prezentowaną w sprawie KIO 181/22, a w części jest argumentacją nową, nieoceniającą wcześniej w w/w sprawie. Zgodnie zaś z art. 516 ust. 1 pkt 8 i 10 oraz art. 555 PZP, izba orzeka w granicach zarzutów odwołania, które powiązane są z konkretną argumentacją odwołującego dotyczącą stanu faktycznego i prawnego skarżonych czynności zamawiającego. Podsumowując zatem, w pkt 2 poniżej Odwołujący prezentuje, częściowo tożsamą (pkt 2.3.-2.6) z tą w sprawie 181/22 argumentację dotyczącą niestaranności zamawiającego w zbadaniu istnienia przesłanki „przychodowej” ZUG, pozwalającej udzielić tej spółce zamówienia in house, w pkt 3 poniższej Odwołujący konkretyzuje, które przychody i z jakich powodów nie mogą być wliczane do poziomu 90% przychodów pochodzących z zadań powierzonych przez zamawiającego - tego rodzaju argumentacja oraz ta prezentowana w pkt 2.1 i 2.2 nie była oceniana przez Izbę w sprawie 181/22.

2. Zarzut niewyczerpującego uzasadnienia prawnego i faktycznego przesłanki dotyczącej przychodu spółki ZUG.

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.

Zdaniem Odwołującego Zamawiający nienależycie uzasadnił istnienie przesłanki z art. 214 ust. 1 pkt 11 lit. b) PZP, ponieważ bezkrytycznie przyjął zestawienie przychodów sporządzone przez ZUG, a te jest wadliwe z przyczyn opisanych poniżej.

2.1 Zamawiający zamierza powierzyć realizację zamówienia *in house* na odbiór odpadów spółce komunalnej głównie będącej przedsiębiorstwem wodociągowo-kanalizacyjnym. Zamawiający przyjął do obliczenia wymaganego % przychodu wszystkie zadania powierzonych przez Zamawiającego (głównie doprowadzanie wody i odprowadzanie ścieków, roboty budowlane oraz utrzymanie zieleni), które są zgoła odmienne niż te, którego dotyczy przedmiot zamówienia (odbiór i transport odpadów). Innymi słowy dla obliczenia % przychodu, o którym mowa art. 214 ust. 1 pkt 11 lit. b) PZP w postępowaniu o udzielenie zamówienia z wolnej ręki na odbiór odpadów należy wziąć pod uwagę przychód za ostatnie 3 lata z działalności zbliżonej do udzielanego zamówienia czyli związanego z gospodarką odpadową - a takiego doświadczenie ZUG za latach 2019 – 2021 w ogóle nie posiada. Powyższe świadczy także o niezdolności do realizacji zamówienia w zakresie doświadczenia wykonawcy, które *de facto* nie realizował wcześniej odbioru odpadów.

W doktrynie prawa zamówień publicznych w kwestii przesłanek udzielenia zamówienia *in-house* podnosi się, że przepis art. 214 ust. 5 p.z.p. stwarza trudności interpretacyjne – wskazując, że „do

obliczania procentu działalności (...) uwzględnia się średni przychód (...) w odniesieniu do usług, dostaw lub robót budowlanych (...). Jak podkreśla I. Skubiszak-Kalinowska w komentarzu do art. 67 poprzednio obowiązującej ustawy (przepis art. 67 ust. 8 p.z.p. z 2004 r. ma brzmienie identyczne z art. 214 ust. 5 p.z.p.): „dyskusyjne jest, czy wymaganie: „ponad 90% działalności kontrolowanej osoby prawnej” powinno być udowodnione poprzez zsumowanie wszystkich zadań powierzonych tej osobie, czy tylko zadań podobnych do przedmiotu udzielanego zamówienia. Takie ograniczenie nie wynika wprost z przepisów, aczkolwiek można je próbować uzasadnić brzmieniem art. 36a ust. 2a p.z.p. stanowiącym o obowiązku, aby wykonawca, któremu udzielono zamówienia na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 12–14 p.z.p., którego przedmiotem jest świadczenie usług użyteczności publicznej lub roboty budowlane, osobiście wykonywał kluczowe części tych usług lub robót. Celem przywołanego przepisu jest zakaz udzielania zamówień typu *in-house*, podobnie jak w przypadku zamówień udzielanych w innych trybach, wykonawcom niezdolnym samodzielnie do ich należytego wykonania (kluczowej części) i zlecenia ich dalszym podmiotom (art. 22 ust. 1a p.z.p.). **Tym samym, aby uzyskać tę samodzielność wykonawcy ci powinni takie właśnie zamówienia realizować w ramach swojej przeważającej działalności.** (E. Wiktorowska [w:] I. Skubiszak-Kalinowska, E. Wiktorowska, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany*, LEX/el. 2020, art. 67.).

Podobne stanowisko przedstawia J. Pawelec: „Inaczej rzecz ujmując, wyliczenie 90% udziału w działalności musi odnosić się do usługi, jaką zamierza w trybie *in-house* zlecić spółce zamawiający. Przykładowo, jeśli spółka świadczy na rzecz zamawiającego, który sprawuje nad nią kontrolę, usługi w zakresie utrzymania zieleni, to dla udzielenia zamówienia *in-house*, **konicznie będzie zachowanie 90% aktywności spółki w tym zakresie.** Takie rozumienie tego zagadnienia znajduje uzasadnienie w zachowaniu zasady konkurencyjności, jako kluczowej przesłanki udzielania zamówień publicznych” (J. Pawelec [w:] *Zamówienia na roboty budowlane, usługi, dostawy w systemie in-house. Komentarz praktyczny z orzecznictwem. Wzory pism*, red. J. Pawelec, Warszawa 2016).

2.2 Z twierdzeń ZUG oraz Zamawiającego, wynika że do wyliczenia wymaganego % przychodów z zadań powierzonych przez Zamawiającego porównano:

- przychody z usług/robót budowlanych/dostaw w latach 2019-2021 r., pochodzące z zadań powierzonych przez Zamawiającego

z

- przychodami z usług/robót budowlanych/dostaw w latach 2019-2021 r., pochodzącymi z pozostałej działalności

zamiast z:

- przychodami ogółem za lata 2019-2021 r. (w pkt 5 poniżej wyjaśniono, że w przypadku przychodu za lata 2018-2020 pominięto w wyliczeniu w ten sposób ponad 0,5 mln przychodu),

Jak wskazuje się w komentarzu M. Stachowiak [w:] W. Dzierżanowski, Ł. Jaźwiński, J. Jerzykowski, M. Kittel, M. Stachowiak, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2021, art. 214, że „w przypadku regulacji dotyczącej zamówień *in-house* przepis dyrektywy 2014/24/UE nie odnosi się do, odpowiednio, usług, dostaw lub robót budowlanych, co wskazuje na inny zamysł prawodawcy unijnego. Wydaje się więc, że przesłanka powinna być interpretowana w znaczeniu ilościowym, co

oznacza, iż powinno się określać wysokość obrotów uzyskiwanych przez danego wykonawcę z całej jego działalności oraz porównywać tę liczbę do wysokości obrotów uzyskiwanych z tej działalności, którą ten wykonawca wykonuje dla kontrolującej go instytucji zamawiającej. Jeżeli ten drugi parametr będzie się kształtował na poziomie 90% lub więcej całości obrotów danego wykonawcy, to wówczas bez żadnej wątpliwości będzie można przyjąć, iż „istotną (przeważającą)” część swojej działalności podmiot ten wykonuje dla kontrolującej go instytucji zamawiającej, a przesłanka jest spełniona. Zatem błędnie Zamawiający (akceptując wyliczenia ZUG) dla ustalenia wymaganego % przychodu, nie przyjmuje pozostałego przychodu ogółem a jedynie przychód z pozostałej działalności polegającej na wykonywaniu usług, robót budowlanych i dostaw. Jedynie taka wykładni tej przesłanki udzielenia zamówienia in house pozostaje w zgodzie z przepisami dyrektywy 2014/24/UE

2.3. ogólne, hasłowe pozycje przychodów uniemożliwiają ich odkodowanie a także weryfikację, brak w dokumentach zamówienia jakichkolwiek dokumentów wykazujących poprawność wyliczeń, a następujące starania Odwołującego o udostępnienie dokumentacji publicznej, spotkały się z odmową udzielenia informacji lub lakonicznymi odpowiedziami:

- pismem do Gminy Ełk z dnia 12 stycznia 2022 r. Odwołujący zawniósł o przekazanie historii przelewów od Zamawiającego do ZUG za lata 2018-2020 - otrzymał odpowiedź odmowną, że z przyczyn technicznych nie jest to możliwe;
- pismem do Gminy Ełk z dnia 18 stycznia 2022 r. Odwołujący zawniósł o przekazanie historii przelewów od Zamawiającego do ZUG za rok 2021 - otrzymał odpowiedź odmowną, że z przyczyn technicznych nie jest to możliwe;
- Pismem do ZUG z dnia 18 stycznia 2022 r. Odwołujący zawniósł o wyjaśnienie rozbieżności pomiędzy zatwierdzonymi sprawozdaniami a zestawieniem przychodów za lata 2018-2020 podpisanym przez Prezesa spółki, którym Zamawiający posłużył się w KIO 3666/21- Odwołujący otrzymał lakoniczną odpowiedź, że część przychodów została wyłączona z zestawienia tj. wyłączone zostały przychody inne nie odnoszące się do usług, dostaw i robót budowlanych nie podając jakie dokładnie przychody wyłączono (z jaki tytułów) i na jakie wartości,
- Pismem do Gminy Ełk z dnia 24.01.2022 r. Odwołujący wystąpił o przesłanie mu wszystkich dokumentów księgowych z transakcji Gminy Ełk z ZUG od dnia 5.12.2017 r., - do chwili obecnie nie otrzymał żądanych informacji ani administracyjnej decyzji odmowej
- Pismem do Gminy Ełk z dnia 24 stycznia 2022 r. Odwołujący m.in. zawniósł o przekazanie wszelkich dokumentów 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) - otrzymał w tym zakresie jedynie zestawienia przychodu ZUG za lata 2019-2021 sporządzone przez samą spółkę;

dowód: korespondencja z Gminą Ełk oraz ZUG w zakresie pozyskania dokumentacji świadczącej o wysokości przychodu pochodzącego z zadań powierzonych ZUG przez Zamawiającego

2.4. Brak analizy Zamawiającego potwierdzającej poprawność zestawienia i wyliczeń pochodzących od przyszłego wykonawcy usługi, w którego interesie jest aby przedstawić własne przychody tak aby przesłanki in house były spełnione,

2.5. Podstawą obliczenia procentu działalności ZUG powinny być sprawozdania finansowe a w przypadku braku sprawozdania za dany rok projekt takiego sprawdzania (tak opinia UZP – „Współpraca publiczno-publiczna w rozumieniu ustawy Prawo zamówień publicznych¹⁾), w dokumentów zamówienia nie ma sprawozdań finansowych ani też projektu sprawozdania finansowego za 2021 r.

2.6. Zestawienie przychodów za lata 2019-2021 sporządzone przez ZUG jest nierzetelne, ponieważ jak wynika z podobnego zestawienia za lata 2018-2020²⁾ i jego porównania z sprawozdaniami finansowymi za ten okres (dowód: sprawozdania finansowe ZUG za 2018-2020 w załączeniu i tabela nr 1 poniżej) do zestawienia przyjęto przychód ogółem **19 203 951,45 zł**, a zatem ponad 500 tys. mniej niż wynika to ze sprawozdań finansowych za ten okres. Gdyby do zestawienia nie wliczać jak twierdzi Zamawiający (nie precyzując dokładnie, których przychodów i o jakiej wartości nie wzięto pod uwagę) przychodów finansowych lub/i operacyjnych to nadal nie można uzyskać kwoty 19 203 951,45 zł (obrazuje to tabela nr 1 poniżej) podanej w zestawieniu przychodów ZUG za lata 2018-2020. Podobnego porównania zestawienia przychodów z okresu 2019-2021 Odwołujący nie może dokonać, ponieważ spółka nie zgłosiła jeszcze do KRS sprawozdania finansowego za 2021 r. Powyższa nierzetelność uprawdopodobnia także nierzetelność zestawienia za lata 2019-2021 – skoro dwa lata z badanych (2019 i 2020) wzięto do okresu badanego w obecnym postępowaniu.

Tabela nr 1

ZUG - przychody wg sprawozdań finansowych za lata 2018-2020

Rok	Przychody ze sprzedaży	Przychody operacyjne	Przychody finansowe
2018	5 711 094,36	165 998,39	6 711,64
2019	6 128 146,51	181 493,76	44 864,82
2020	7 149 263,48	348 780,69	6 426,34
Razem:	18 988 504,35	696 272,84	58 002,80

***Łącznie
wszystkie***

19 742 779,99

¹⁾ 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. Tym samym, udzielenie zamówienia w 2017 r., oznaczać będzie dla zamawiającego przeanalizowanie źródeł przychodów za lata 2014 - 2016. Jeżeli zamówienie będzie udzielane przed dniem zatwierdzenia sprawozdania finansowego przez organ zarządzający, np. na miesiąc marzec 2017 r. i brak jest zatwierdzonego sprawozdania za 2016 r. - do analizy źródeł przychodów należy posłużyć się sprawozdaniem niezatwierdzonego.

²⁾ złożonego w postępowaniu nr 2021/BZP 00310224 z dnia 2021-12-10, które dotyczyło udzielenia in house na odbiór odpadów na 2022 r. – zestawienie w załączeniu

3. Zarzut dotyczący niezrealizowania przez ZUG (za ostatnie trzy lata) zadań powierzonych przez Zamawiającego na poziomie wyższym niż 90% ogólnego przychodu

Zarówno ustawodawca polski jaki i unijny uznaje, że udzielenie zamówienia in house możliwe jest podmiotowi, który prowadzi działalność komercyjną na znikomym poziomie (określonym w polskich przepisach na nie więcej niż 10%), głównie skupiając swoją aktywność gospodarczą na realizacji zadań publicznych powierzonych przez zamawiającego.

Odwołujący kwestionuje w zarzucie opisanym w pkt 2 powyżej brak staranności Zamawiającego w wykazaniu istnienia przesłanki „przychodowej” poniżej zaś wskazuje, które kategorie przychodów, opisane w przedstawionych przez Zamawiającego dwóch zestawieniach: „Średni przychód osiągnięty przez Zakład Usług Gminnych Gmina Ełk Sp. z o.o. w odniesieniu do usług (...)” oraz „Symulacja średniego przychodu osiągniętego (...) z wyłączeniem przychodu z zadania przyjętego na podstawie umowy cesji od Gminy Ełk polegającego na tranzycie wody dla PUK Prostki (...)” nie mogą być wliczane do przychodu z zadań powierzonych przez Zamawiającego:

- 1) dostarczanie wody – ZUG kupuje wodę od Przedsiębiorstwa Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o. z siedzibą w Ełku (dalej jako PWiK), która jest spółką komunalną innej jednostki samorządu terytorialnego – Miasta Ełk, co oznacza, że ZUG jest jedynie pośrednikiem w dostawie wody, a zadanie sprzedaży wody do Gminy Ełk realizuje *de facto* PWiK a nie ZUG, a to oznacza, że przychodów z usługi, która nie jest samodzielnie (przynajmniej w znacznej części) realizowana „siłami własnymi” nie można wliczać do poziomu przychodów pochodzących z zadań powierzonych przez Zamawiającego.

dowód: umowa z PWiK z dnia 3.06.2015 r. wraz z aneksami

- 2) odprowadzanie ścieków – ZUG nie ma własnej oczyszczalni ścieków pozwalającej zagospodarować ścieki z całej Gminy Ełk i kieruje je do PWiK, która jest *de facto* podmiotem realizującym większą część zadania odprowadzania ścieków, jaką jest zagospodarowanie ścieków. Charakter udziału PWiK w realizacji zamówienia powierzonego przez Gminę Ełk jest zbliżony do podwykonawstwa zamówienia publicznego, a to oznacza, że przychodów z usługi, która nie jest samodzielnie (przynajmniej w znacznej części) realizowana „siłami własnymi” nie można wliczać do poziomu przychodów pochodzących z zadań powierzonych przez Zamawiającego

dowód: umowa z PWiK z dnia 3.06.2015 r. wraz z aneksami

- 3) dopłata do wody do 1m³ – nie jest przychodem pochodzącym z usługi i w związku z tym nie może być wliczana do % przychodów pochodzących z zadań powierzonych przez zamawiającego. Dopłata ustanawiana jest przez Radę Gminy uchwałą na podstawie art. 24 ust. 6 Ustawy z dnia 7 czerwca 2001 r. o zbiorowym zaopatrzeniu w wodę i zbiorowym odprowadzaniu ścieków (t.j. Dz. U. z 2020 r. poz. 2028).
- 4) dopłata do ścieków do 1 m³ – uzasadnienie jak w pkt 3
- 5) „opłata administracyjna stała wynikająca z taryfy” – opłata administracyjna nie jest przychodem z usługi i w związku z tym nie może być wliczana do % przychodów pochodzących z zadań powierzonych przez zamawiającego.

- 6) „opłata dodatkowa za przekroczenie normy ścieków” - nie jest przychodem z usługi i w związku z tym nie może być wliczana do % przychodów pochodzących z zadań powierzonych przez zamawiającego
- 7) „zlec. ze szkół oraz instytucji kultury Gminy Elk”. Szkoły oraz instytucje kultury są odrębnymi od Gminy Elk zamawiającymi zobowiązanymi do stosowania PZP (w rozumieniu art. 7 pkt 31 PZP), a zatem są to zadania powierzone przez innych zamawiających i nie są przychodami powierzonymi przez Gminę Elk.
- 8) „częściowa refundacja kosztów bieżących napraw i remontów dzierzonych sieci wod-kan na terenie Gminy Elk” – refundacja nie jest przychodem z usługi powierzonej przez Zamawiającego, jeśli zaś podstawą tego przychodu jest tzw. „umowa dzierżenia” to nie jest ona usługą, dostawą lub robotą budowaną (a jedynie tego rodzaju przychody wlicza się do przychodu z zadań powierzonych przez Zamawiającego zgodnie z art. 214 ust. 5 PZP)
- 9) „dofinansowanie projekt na Elektroniczne Biuro Obsługi Klienta” - dofinansowanie nie jest przychodem z usługi, dostawą lub robotą budowlaną powierzoną przez Zamawiającego (a jedynie tego rodzaju przychody wlicza się do przychodu z zadań powierzonych przez Zamawiającego zgodnie z art. 214 ust. 5 PZP),
- 10) „tranzyt PUK Prostki – wodociągiem Gminy Elk” – zadanie realizowane *de facto* na rzecz Gminy Prostki nie jest przychodem z usługi powierzonej przez Zamawiającego, a dodatkowo tranzyt wody do innej jednostki samorządu terytorialnego nie jest zadaniem własnym Gminy Elk
- 11) „przychody z drewna pozyskanego (...)” – nie jest przychodem z usługi, dostawy lub roboty budowlanej powierzonej przez Zamawiającego (a jedynie tego rodzaju przychody wlicza się do tego przychodu zgodnie z art. 214 ust. 5 PZP),

4. Wpływ argumentacji prezentowanej w odwołaniu na wymagany % działalności ZUG, niezbędny do otrzymania zamówienia in-house.

Z opublikowanego na stronie internetowej zamawiającego zestawienia przychodów ZUG za lata 2019-2021 r. nazwanego „Średni przychód osiągnięty przez Zakład Usług Gminnych Gmina Elk Sp. z o.o. w odniesieniu do usług (...)”, wynika że 90,79% przychodów spółki (głównie z zakresu doprowadzania wody i odprowadzania ścieków oraz robót budowlanych oraz utrzymania zieleni) pochodzi z działalności powierzonej przez Gminę Elk oznacza, to że:

- 1) w ogóle nie przyjęto do wyliczenia działalności, która ma być przedmiotem zamówienia in house – odbioru odpadów (jak wyjaśniono w pkt 2.1 uzasadnienia odwołania), spółka nie ma w ogóle przychodu z działalności a zatem niepoprawnie przyjęto wymagany procent działalności na poziomie 90,79% powinno być 0%
- 2) gdyby przyjęto jak domaga się tego odwołujący w pkt 2.2 do porównania przychód ogółem, a nie jak przyjął zamawiający jedynie przychody z usług robót lub dostaw z pozostałej działalności, różnica w przychodzie - 581 565,61 zł (przychody operacyjne i przychody finansowe za 2019 i 2020 niewliczone do zestawienia), powoduje, że wymagany wskaźnik spada poniżej 90%
- 3) wg. wyliczeń ZUG wykonawca ten przekracza wymagany próg 90% przychodu o zaledwie 0,79%, które w przeliczeniu daje 177 368,55 zł, co oznacza że skuteczne zakwestionowanie,

którejkolwiek z kategorii przychodów, podważanych w pkt 3 odwołania (z wyjątkiem wymienionych w pkt 9-11) doprowadzi do spadku przychodów poniżej wymaganych 90%.

Z powyższego wynika, że zamawiający zamierza powierzyć zamówienie in house niezgodnie z przepisami PZP

Podpis jest prawidłowy

Dokument podpisany przez Marcin
Bogdan
Data: 2022.05.23 17:17:51 CEST

Załączniki:

- pełnomocnictwo wraz opłatą skarbową
- informacja z KRS Odwołującego,
- dowód uiszczenia wpisu od odwołania
- potwierdzenie przekazania odwołania do Zamawiającego
- wyrok KIO 3666/21 oraz KIO 181/22
- umowa z PWiK z dnia 3.06.2015 r. wraz z aneksami
- korespondencja z Gminą Ełk oraz ZUG w zakresie pozyskania dokumentacji świadczącej o wysokości przychodu pochodzącego z zadań powierzonych ZUG przez Zamawiającego
- 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/>