

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

Podmiot publiczny – Zamawiający:

Gmina Ełk, ul. Tadeusza Kościuszki 28 A, 19-300 Ełk
tel.: 87 619-45-00
e-mail: ug@elk.gmina.pl
www.elk.gmina.pl

Odwołujący: KOMA Ełk sp.z.o.o., ul. Krzemowa 8B, 19-300 Ełk

KRS 0000667940, e-mail: 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
email: bogdan@kancelaria-mb.pl

Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonego przez Gminę Ełk na odbiór i transport odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych położonych na terenie Gminy Ełk KZP.271.3.14.2022 (znak postępowania: 2022/BZP 158377/01 z dnia 13-05-2022.

Odpowiedź

Zamawiającego na odwołanie

W imieniu Gminy Ełk (Zamawiający), w związku ze złożeniem w dniu 23.05.2022 r. przez KOMA Ełk sp.z.o.o., ul. Krzemowa 8B, 19-300 Ełk odwołania w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na „Odbiór i transport odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych położonych na terenie Gminy Ełk znak postępowania KZP.271.3.14.2022”, od czynności Zamawiającego polegającej na wyborze trybu zamówienia z wolnej ręki w zakresie udzielenia zamówienia publicznego na podstawie art. 521 ust. 1 ustawy z 11.9.2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 ze zm. [obecnie t.j. Dz.U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.], dalej: PrZamPubl), **wnoszę o oddalenie odwołania w całości.**

Uzasadnienie

Zamawiający jakim jest Gmina Ełk ogłosił w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 13 maja 2022 r. ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy pod numerem 2022/BZP 15377/01 na zadanie pn. „Odbiór i transport odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych położonych na terenie Gminy Ełk”

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

- 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.

Odnosząc się do poszczególnych zarzutów opisanych w odwołaniu Zamawiający wyjaśnia, iż Odwołujący przyjął błędną analizę stanu faktycznego.

Przedmiotem zamówienia objęta jest usługa odbioru i transportu odpadów komunalnych w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 888). Konkretyzując zakres zamówienia obejmuje odbiór i transport odpadów komunalnych „u źródła”, z kategorii nieruchomości o których mowa w art. 6c ust. 1 u.c.p.g. (nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy) oraz 6c ust. 2b u.c.p.g. (nieruchomości, które w części stanowią nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy, a w części nieruchomości na których nie zamieszkują mieszkańcy). Zgodnie z art. 6d ust. 1 u.c.p.g. tak określony zakres zamówienia, może stać się przedmiotem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego udzielanego w każdym z trybów znanych przepisom ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (dalej: „p.z.p.”) w tym w trybie zamówienia z wolnej ręki (nie wyłączając udzielenia zamówienia in-house w oparciu o art. 214 ust. 1 pkt 11 P.z.p.).

Zamówienie, będące przedmiotem postępowania, na potrzeby którego sporządzono niniejsze ogłoszenie, udzielane jest przez Gminę Ełk, Zakładowi Usług Gminnych Gmina Ełk Sp. z o.o. na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 11 P.z.p., zgodnie z którym „Zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki, jeżeli 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 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”*

Opublikowane przez Gminę Ełk w dniu 13 maja 2022 r. ogłoszenie w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 2022/BZP 158377/01 zawiera wszystkie elementy określone Rozporządzeniem Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie ogłoszeń zamieszczanych w Biuletynie Zamówień Publicznych (Dz. U. poz. 2439).

W niniejszej sprawie zarzuty odwołania dotyczą czynności, których prawidłowość była przedmiotem oceny izby w postępowaniu odwoławczym o sygn. akt KIO 181/22. Zarzuty odwołującego w niniejszym postępowaniu są tożsame z zarzutami podniesionymi w postępowaniu KIO 181/22 zaś stan faktyczny i prawny obydwu postępowań jest identyczny.

Po pierwsze, nie ulega wątpliwości, że została już przesądzona przez Izbę kwestia tego, czy przedstawione przez Zamawiającego uzasadnienie wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki było wystarczające. Zarzut w tym zakresie został podniesiony w odwołaniu z 24 stycznia 2022 r., a Izba - oddalając odwołanie - orzekła o jego niezasadności. Mimo to, w odwołaniu z 23 maja 2022 r. Odwołujący ponownie kwestionuje zakres tego uzasadnienia, podnosząc zarzut nienależytego uzasadnienia faktycznego i prawnego spełnienia przez spółkę, której Zamawiający zamierza powierzyć zamówienie in house, przesłanki określonej w art. 214 ust. 1 pkt 11 lit b ustawy Pzp.

Przed wszystkim jednak, za rozstrzygające należy uznać, że podstawą obecnie podnoszonych zarzutów nie są żadne nowe, nieznanie wcześniej Odwołującemu okoliczności, które nie były objęte poprzednim postępowaniem odwoławczym. Zarzuty obecnego odwołania ponownie bowiem opierają się na twierdzeniach, że:

- Zamawiający zobowiązany jest wykazać, a nie jedynie przywołać (jak to uczynił) istnienie przesłanki z art. 214 ust. 1 pkt 11 lit b ustawy Pzp,

- Zamawiający nie zweryfikował kwestii tego, czy ponad 90% działalności spółki, której zamierza udzielić zamówienia, dotyczy wykonywania zadań powierzonych jej przez zamawiającego sprawującego kontrolę lub przez inną osobę prawną, nad którą ten zamawiający sprawuje kontrolę,

- Zamawiający powinien dokonać ustaleń w powyższym zakresie na podstawie danych o uzyskanych przychodach zawartych w sprawozdaniach finansowych za 3 lata poprzedzające rok udzielenia zamówienia,

Powyższe okoliczności były również podstawą zarzutów w odwołaniu z dnia 24 stycznia 2022 r., a tym samym kwestia kompletności przedstawionego przez Zamawiającego uzasadnienia, a także kwestia spełnienia przesłanki z art. 214 ust. 1 pkt 11 lit b ustawy Pzp zostały objęte wyrokiem Izby z 7 lutego 2022 r. sygn. akt: KIO 181/22

W niniejszym odwołaniu Odwołujący kwestionuje również zestawienie przychodów ZUG za lata 2019-2021, które zostało przywołane w ogłoszeniu ocenianym w sprawie KIO 181/22 i na które powołał się Zamawiający w odpowiedzi na wcześniejsze odwołanie w tym postępowaniu. Odwołujący ponownie podniósł, że pozycje przychodów zawarte w kwestionowanym załączniku są jedynie hasłowe, uniemożliwiające przystąpienie do ich weryfikacji utrudnieniem jest podanie wszystkich przychodów łącznie, bez rozbicia na poszczególne lata co również utrudnia weryfikację tych danych, a zestawienie - w porównaniu z danymi wynikającymi z sprawozdań finansowych za lata 2019-2021 - jest nierzetelne. Odwołujący podniósł również ponownie, że jest to dokument nie pochodzący od Zamawiającego. Jak wynika z protokołu rozprawy w sprawie KIO 181/22 argumentacja taka była prezentowana na również na rozprawie zakończonej wyrokiem z 7.02.2022r. Przede wszystkim jednak zauważenia wymaga, że skoro w pierwotnej treści ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy Zamawiający nie powołał się na żadne zestawienie przychodów, to już wtedy możliwe było kwestionowanie rzetelności ustalenia te przesłanki i wszelkie trudności w zweryfikowaniu przez wykonawcę jej spełnienia. Izba natomiast, oddalając odwołanie w sprawie KIO 181/22, oceniła, że nawet pierwotne ogłoszenie, bez powołania się na takie zestawienie, wystarczająco wykazywało możliwość zastosowania trybu udzielenia zamówienia z wolnej ręki. W tej sytuacji żądanie ponownej oceny tej możliwości przez organ tej samej instancji jest niewłaściwe.

Podsumowując, przedmiotowe odwołanie należy uznać za zmierzające do odmiennego rozstrzygnięcia Krajowej Izby Odwoławczej co do takich samych okoliczności faktycznych i prawnych które były już przedmiotem jej rozstrzygnięcia we wcześniejszym postępowaniu w sprawie KIO 181/22

Jednocześnie biorąc pod uwagę załącznik nr 2 w/w Rozporządzenia gdzie w ust. 4 „Tryb udzielania zamówienia” określone zostały elementy:

1) informacja o trybie udzielania zamówienia oraz o podstawie prawnej zgodnie z ustawą;

zamawiający upublicznił w ogłoszeniu następujące informacje:

Zamówienie udzielane jest w trybie zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 214 ust. 1 pkt. 11 ustawy

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

zamawiający upublicznił w ogłoszeniu następujące informacje:

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.

3) identyfikator wcześniejszego postępowania lub konkursu (jeżeli dotyczy)

zamawiający upublicznił w ogłoszeniu następujące informacje:

nie dotyczy

Poniższe dane w najwyższym stopniu potwierdzają i uzasadniają stan faktyczny pozwalający potwierdzić, iż udzielenie zamówienia spółce komunalnej Zakład Usług Gminnych Gmina Ełk spółka z.o.o. w trybie zamówienia z wolnej ręki zgodnie z art. 214 ust. 1 pkt. 11 jest zgodne z obowiązującymi przepisami Prawa Zamówień Publicznych.

Zarzut naruszenia 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 jest nietrafny. Jak wskazała KIO w uzasadnieniu wyroku z 7.02.2022r. KIO 181/22 w przepisach nie został określony poziom szczegółowości uzasadnienia (wyboru zamówienia z wolnej ręki). Przywoływane w tym uzasadnieniu inne wyroki w sprawie o sygn. KIO 3621/21 wskazuje że nie sposób przyjąć że prawodawca ustanowił względem zamawiających obowiązek tak szczegółowego uzasadnienia faktycznego i prawnego, jak oczekiwał tego odwołujący, oddając jednocześnie zamawiającym narzędzie-ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy – sporządzane na formularzu, które uniemożliwia jego spełnienie. Stanowisko odwołującego nie koresponduje z założeniem racjonalności ustawodawcy ale abstrahuje od narzędzi które zostały oddane zamawiającym w celu spełnienia obowiązku ustawowego. Podkreślenia wymaga że ustawodawca z zamysłem zmienił sposób w jaki informacje o zamówieniach in-house są rozpowszechniane. W sytuacji w której informacje zamieszczane były na stronie BIP zamawiający nie byli w żaden sposób skrupowani limitem znaków w formularzu ogłoszenia. Mając na względzie powyższe limitację znaków w formularzu należy uznać za zabieg zamierzony. Jak wskazała KIO w dalszej części uzasadnienia wyroku KIO 181/22 z przepisów nie wynika obowiązek załączania do ogłoszenia informacji źródłowych. W uzasadnieniu wyroku KIO 3621/22 Izba dostrzegła że trudno od Zamawiającego skutecznie wymagać przedstawienia w ogłoszeniu danych źródłowych: „Nie sposób takiego obowiązku wywodzić z treści art. 216 Pzp, skoro ogłoszenie o zamiarze udzielenia zamówienia nie przewiduje możliwości dołączenia do niego załączników ani nie przewiduje obowiązku (a wręcz możliwości) zamieszczania w nim pełnej treści wiarygodnej prognozy handlowej czy też dokumentów źródłowych”. Izba w uzasadnieniu wyroku KIO 181/22 zwróciła uwagę że odwołujący przypisuje zbyt wielką wagę do strony technicznej informacji podawanych przez Zamawiającego (które są w niniejszym postępowaniu w maksymalnie możliwej formie obszernie przedstawione w ogłoszeniu oraz uszczegółowione za pomocą odnośników źródłowych/hipertączy) nie zaś do ich treści.

Odwołujący podnosi zarzut, iż Zamawiający zamierza powierzyć realizację zamówienia in-house na odbiór odpadów spółce komunalnej głównie będącej przedsiębiorstwem wodociągowo-kanalizacyjnym, gdzie kwestionuje procent wymaganego przychodu rozróżniając poszczególne przychody wodno-kanalizacyjne, przychody z robót budowlanych, przychody z utrzymania zieleni stwierdzając, iż w jego ocenie procentowy dochód który wypełni przesłanki art. 214 ust.5 w zw. z art. 214 ust.1 pkt. 11 lit. b) to przychód jedynie za ostatnie 3 lata z działalności zbliżonej do udzielanego zamówienia czyli związanego z gospodarką odpadową. Zdaniem Zamawiającego jest to błędna interpretacja przepisu art. 214 ust. 5 Pzp która w jasny sposób nie rozdziela przychodów rodzajowo tylko mówi wprost o średnim przychodzie osiągniętym przez osobę prawną w odniesieniu do usług, dostaw i robót budowlanych za 3 lata poprzedzające udzielenie zamówienia publicznego.

Nadmienić trzeba, że Zamawiający planując zlecenie zamówienia dla spółki komunalnej ZUG Gmina Ełk spółka z.o.o. spełniającej wszystkie przesłanki prawne pozwalające na udzielenie zamówienia w trybie zamówienia z wolnej ręki tzw. IN-HOUSE polegającego na „Odbiorze i transporcie odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych położonych na terenie Gminy Ełk, poniósł już w 2021 . wydatki

w wysokości 4 506 720,00 zł brutto na zakup niezbędnego sprzętu do wykonywania zadań w zakresie gospodarki odpadami. Podkreślić należy, że ZUG Gmina Ełk sp. z o.o. od blisko pół roku w oparciu o umowę zawartą z Zamawiającym (również zawartą w trybie IN-HOUSE ocenionym pod kątem prawidłowości w toku postępowania KIO 181/22) samodzielnie realizuje odbiór i transport odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych położonych na terenie Gminy Ełk. Wobec powyższego podniesiony w odwołaniu przez Odwołującego zarzut braku zdolności tego podmiotu do samodzielnej realizacji zamówienia KZP.271.3.14.2022 jest całkowicie chybiony i pozbawiony jakichkolwiek podstaw.

Należy zauważyć bardzo ważną rzecz, iż odwołujący zarzut w zakresie naruszenia art. 214 ust.11 pkt. b opiera na wyliczeniach opartych na sprawozdaniach finansowych (w tym przypadku w oparciu o sprawozdanie finansowe Spółki ZUG Gmina Ełk, natomiast zgodnie z art. 214 ust. 5 „do obliczania procentu działalności, o której mowa w ust. 1 pkt. 11 b 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 przedmiotowym zamówieniu są to lata 2019-2021.

Ponadto powyższy przepis literalnie wprost zatem stwierdza, że chodzi w nim o przychód osiągnięty przez osobę prawną w odniesieniu do usług, dostaw lub robót budowlanych a nie zaś ogół przychodów tej osoby prawnej, o których mowa w art. 12 ustawy z dnia 15 lutego 1992 r. o podatku dochodowym od osób prawnych (dalej ust. CIT). W sprawozdaniu finansowym spółki publikowanym w KRS ujmuje się zaś ogół przychodów o których mowa w art. 12 ust. CIT. Ustalając w oparciu o art. 214 ust. 5 PZP średni przychód osiągnięty przez osobę prawną lub zamawiającego **w odniesieniu do usług, dostaw lub robót budowlanych** za 3 lata poprzedzające udzielenie zamówienia to jest za lata 2019-2021r. wyłączono zatem zgodnie z tym przepisem pozycję przychodów w rozumieniu art. 12 ust. CIT nie odnoszące się do usług, dostaw lub robót budowlanych m.in.: z zaokrągleń podatkowych sald (podatku VAT), refundacji wynagrodzeń pracowników z Powiatowego Urzędu Pracy, odszkodowań (komunikacyjnych), odsetek z terminowej lokaty Spółki, umorzenia przez Gminę Ełk podatku od nieruchomości czy umorzenia składek przez Zakład Ubezpieczeń Społecznych, wcześniej przyjętych jako koszty.

Mając na uwadze zarzuty odwołującej w zakresie przychodów Spółki z tytułu przejętej przez Spółkę w ramach cesji umowy Gminy Ełk zawartej z PUK Prostki tranzytu wody dzierzonymi sieciami Gminy Ełk na mocy porozumienia międzygminnego wskazać należy że Spółka sporządziła tabelę zawierającą Symulację średniego przychodu osiągniętego przez Zakład Usług Gminnych Gmina Ełk Sp. z o.o. w odniesieniu do usług, dostaw lub robót budowlanych za lata 2019-2021r. o którym mowa w art. 214 ust. 5 ustawy z 11 września 2019r. Prawo zamówień publicznych (PZP) z wyłączeniem przychodu z zadania przejętego na podstawie umowy cesji od Gminy Ełk polegającego na tranzyście wody dla PUK Prostki - wodociągiem Gminy Ełk z procentu działalności, o którym mowa w art. 214 ust. 1 pkt 11 lit. b PZP i uwzględnieniem go jako przychodu z zadań z działalności pozostałej. Z symulacji tej wynika, że również w tym przypadku spełniony został warunek z art. 214 ust. 1 pkt. lit b) wz. z art. 214 ust.5 ustawy Pzp

Wskazać w tym miejscu należy na podniesioną w uzasadnieniu odwołania wadliwą ocenę przez odwołującego struktury przychodów potwierdzających spełnienie powyższego warunku, poprzez sugerowany argument że przychody Spółki ZUG Gmina Ełk z tytułu świadczenia usług dostaw wody i odprowadzanie ścieków na rzecz odbiorców indywidualnych nie mieszczą się w kategorii przychodów wynikających z zadań powierzonych przez gminę. Jak wynika z ugruntowanego poglądu Krajowej Izby Odwoławczej zawieranie umów o zaopatrzenie w wodę lub odprowadzanie ścieków z os. fizyczną (na mocy art. 6 ust. 2 ustawy 7 czerwca 2001 r. o zbiorowym zaopatrzeniu w wodę oraz zbiorowym odprowadzaniu ścieków dalej jako u.o.z.z.w.z.o.ś.) i na podstawie umów (art. 6 ust. 1 u.o.z.z.w.z.o.ś.) mieści się w zakresie realizacji zadań powierzonych przez gminę. Zgodnie bowiem z definicją odbiorców usług, jest nim każdy kto korzysta z usługi (art. 2 pkt 3 1 u.o.z.z.w.z.o.ś.), czyli jest to konsekwencja jej powierzenia spółce. Kwestia uiszczania opłaty przez usługobiorców nie podważa tego. W tym zakresie, powołać się należy na pogląd zawarty w wyroku TSUE z 11.05.2006 r., (Carbotermo SpA, Consorzio Alisei vs. Comune di Busto Arsizio, AGESP SpA, C-340/04) które wskazało, że: „jeśli chodzi o kwestę, czy w tym kontekście należy uwzględnić tylko przychód uzyskany od kontrolującej jednostki

samorządu terytorialnego, czy też przychód uzyskany z tytułu działalności wykonywanej na obszarze jej właściwości, to należy uznać, że decydujący charakter ma przychód uzyskany przez przedsiębiorstwo dzięki decyzjom jednostki kontrolującej o udzieleniu mu zamówień, obejmujący przychód uzyskany od beneficjentów usług w wykonaniu tych decyzji. W istocie, uwzględnic należy wszelką działalność przedsiębiorstwa, któremu instytucja zamawiająca udzieliła zamówienia wykonywaną przez to przedsiębiorstwo w ramach zamówienia i to niezależnie, czy na rzecz samej instytucji zamawiającej, czy na rzecz beneficjentów usług. Nie ma znaczenia, kto płaci wynagrodzenie temu przedsiębiorstwu – jednostka samorządu terytorialnego sprawująca kontrolę, czy też osoby trzecie będące beneficjentami usług świadczonych na podstawie koncesji lub innych stosunków prawnych nawiązanych przez tę jednostkę. Również bez znaczenia jest, na jakim obszarze usługi te są świadczone”. Podobnie w wyroku KIO z 04.10.2019 r., KIO 1842/19, w którym Izba wskazała, że: „w ocenie Izby okoliczność, że wpływy pochodzą z opłat od mieszkańców, a nie bezpośrednio od Zamawiającego, pozostaje bez znaczenia dla oceny pełnienia przez Przystępującego wymaganego w art. 67 ust. 1 pkt 12 lit. b ustawy Pzp poziomu przychodów z działalności dotyczącej wykonywania zadań powierzonych przez Zamawiającego. Ww. przepis nie uzależnia możliwości zaliczenia określonej działalności jako dotyczącej wykonywania zadań powierzonych przez zamawiającego sprawującego kontrolę od źródła przychodu. Istotne jest to czy przychód jest związany z konkretnym poleceniem podmiotu Zamawiającego, Zamawiający nie musi być płatnikiem za daną usługę.”. Powyższe należy także odnieść w kontekście definicji przywołanej powyżej („każdy”) nie tylko do os. fizycznych, ale także podmiotów prowadzących działalność gospodarczych, czy spółdzielni mieszkaniowych. Jednocześnie przez zbiorowe zaopatrzenie w wodę i odprowadzanie ścieków rozumie się według art. 3 ust. 1 u.o.z.z.w.z.o.ś. „działalność polegającą na ujmowaniu, uzdatnianiu i dostarczaniu wody, prowadzoną przez przedsiębiorstwo wodociągowo-kanalizacyjne”, „działalność polegającą na odprowadzaniu i oczyszczaniu ścieków, prowadzoną przez przedsiębiorstwo wodociągowo-kanalizacyjne”. Nie wynika więc żadne ograniczenie w realizacji powierzonych jej zadań własnych. Potwierdza to także orzecznictwo Izby wyrok KIO z 24.01.2020 r., sygn. akt: 2642/19 „Przepisy ustawy o zbiorowym zaopatrzeniu w wodę i zbiorowym odprowadzaniu ścieków nie odróżniają w tym zakresie budynków zamieszkiwanych przez mieszkańców od budynków zbiorowego zamieszkania, budynków urzędowych, budynków użyteczności publicznej, innych budynków dostępnych publicznie itp.” oraz wyrok KIO z 04.10.2019 r. „Jak wynika z art. 3 ust. 1 ustawy o zbiorowym zaopatrzeniu w wodę i zbiorowym odprowadzaniu ścieków, zbiorowe zaopatrzenie w wodę i zbiorowe odprowadzanie ścieków jest zadaniem własnym gminy. Zgodnie z art. 2 pkt 21 ww. ustawy przez zbiorowe zaopatrzenie w wodę rozumie się działalność polegającą na ujmowaniu uzdatnianiu i dostarczaniu wody, prowadzoną przez przedsiębiorstwo wodociągowo-kanalizacyjne. Z kolei zgodnie z art. 2 pkt 20 ww. ustawy przez zbiorowe odprowadzanie ścieków rozumie się działalność polegającą na odprowadzaniu i oczyszczaniu ścieków, prowadzoną przez przedsiębiorstwo wodociągowo-kanalizacyjne. Ustawa nie wprowadza wyłączeń wskazujących, że zadaniem własnym gminy jest jedynie dostarczanie wody do gospodarstw domowych czy odprowadzanie jedynie ścieków bytowych. Co więcej, przedsiębiorstwo wodociągowo-kanalizacyjne jest obowiązane do zawarcia umowy o zaopatrzenie w wodę lub odprowadzanie ścieków z osobą, której nieruchomości została przyłączona do sieci i która wystąpiła z pisemnym wnioskiem o zawarcie umowy (art. 6 ust. 2 ww. ustawy).” (...) „idąc tokiem rozumowania Odwołującego, należałoby uznać, że działalność spółki, która realizuje zadanie własne gminy z zakresu zbiorowego zaopatrzenia w wodę i zbiorowego odprowadzania ścieków na podstawie uchwały organu stanowiącego i która ustawowo zobowiązana jest do bezpośredniego pobierania opłat od odbiorców usług, nie mogłaby być w ogóle traktowana jako działalność dotycząca wykonywania zadań powierzonych. Powyższe jawi się jako całkowicie nieuzasadnione i nie znajdujące żadnego oparcia w obowiązujących przepisach”. Nadto, podważanie wyliczeń przedstawionych w ogłoszeniu o zamiarze zawarcia umowy zawartego w odwołaniu w kontekście przychodów wodno-kanalizacyjnych jest chybione, gdyż odnosi się ona do działalności objętej taryfą, zdefiniowana jak (art. 2 pkt 12 u.o.z.z.w.z.o.ś.): „zestawienie ogłoszonych publicznie cen i stawek opłat za zbiorowe zaopatrzenie w wodę i zbiorowe odprowadzanie ścieków oraz warunki ich stosowania;”. Taryfa więc odnosi się do usług realizowalnych w ramach zadania własnego i nie obejmuje innych usług. Jest nadto,

zatwierdzona przez organ regulacji (Państwowe Gospodarstwa Wodne Wody Polskie - art.24b ust. 1 u.o.z.z.w.z.o.ś). Ma więc przymiot legalności. Tożsame poglądy zawarte są w wyroku KIO z 27.01.2021r. sygn. akt: KIO 3399/20. Wskazać należy że powyższe wyroki zachowują aktualność również w obecnie obowiązującym stanie prawnym.

Wszystkie wskazane w art. 214 ust. 11 pkt. a)-c) przesłanki muszą zaistnieć kumulatywnie, aby możliwe było udzielenie zamówienia. Jednocześnie katalog ww. przesłanek stanowi enumeratywne wyliczenie okoliczności warunkujących udzielenie tzw. klasycznego zamówienia in-house. Takie stanowisko wynika wprost z przepisów Pzp.

Na aktualność ww. interpretacji wskazała KIO w wyroku z dnia 16 grudnia 2020 r., KIO 3069/20. W przywołanym wyroku Izba uznała, że „zdaniem składu orzekającego Izby. powyższe wypowiedzi są również aktualne w tej sprawie. pomimo powołania się przez Odwołującego na wyrok TSUE z 3 października 2019 r. w sprawie C-285/18 Irgita. (...) Generalnie w powyższym wyroku Trybunał po raz kolejny potwierdził, że państwa członkowskie mają swobodę w zakresie wyboru sposobu świadczenia usług, który uznają za najbardziej odpowiedni (co wynika jednoznacznie z pkt 31 preambuły dyrektywy klasycznej). (...) Powyższy wyrok TSUE nie oznacza przyznania wykonawcom dodatkowej ochrony przed decyzjami zamawiających o zastosowaniu wyłączenia in-house, rozumianej jako nałożenie na tych ostatnich obowiązku każdorazowego wykazania zaistnienia dodatkowych. w stosunku do wynikających z art. 12 dyrektywy klasycznej, jeżeli takie wprost nie zostały wprowadzone przez krajowego prawodawcy.”

W zakresie zarzutu pkt. 3 i 4 dotyczącego niezrealizowania przez ZUG (za ostatnie trzy lata) zadań powierzonych przez Zamawiającego na poziomie wyższym niż 90 % ogólnego przychodu w zakresie wskazanym przez Odwołującego, Zamawiający uznaje zakwestionowane przykłady przychodów za przychody które zostały osiągnięte w wyniku zadań zlecony przez Gminę Ełk w szczególności w zakresie dostarczania wody i odprowadzania ścieków, utrzymania zieleni na terenie Gminy Ełk oraz zadań zleconych ze szkół oraz instytucji kultury.

Łączne zaistnienie wszystkich ww. przesłanek warunkujących udzielenie zamówienia na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 11 P.z.p. wynika z tego, że:

- 1) Gmina Ełk, jest podmiotem obowiązany do stosowania ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (dalej: „P.z.p. ”) w związku z kwalifikowaniem się go grona zamawiających na podstawie art. 4 pkt 1 P.z.p. (Gmina Ełk jest jednostką sektora finansów publicznych w rozumieniu ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych — art. 9 pkt 2 wskazanej ustawy),
- 2) Zakład Usług Gminnych Sp. z o.o. posiadają osobowość prawną — art. 12 ustawy z dnia 15 września 2000 r. — Kodeks spółek handlowych w związku z uzyskaniem wpisu do KRS,
- 3) Gmina Ełk, sprawuje nad Zakładem Usług Gminnych Gmina Ełk Sp. z o.o. kontrolę, odpowiadającą kontroli sprawowanej nad własnymi jednostkami, polegającą na dominującym wpływie na cele strategiczne oraz istotne decyzje dotyczące zarządzania sprawami tej osoby prawnej.

Mając na względzie powyższe, w zaistniałym stanie faktycznym spełniły się wszystkie wyrażone w art. 214 ust. 1 pkt 11 a)-c) P.z.p. przesłanki warunkujące udzielenie przez Gminę Ełk, Zakładowi Usług Gminnych Sp. z o.o. zamówienia w trybie zamówienia z wolnej ręki IN-HOUSE.

Zamawiający utrzyma opisane powyżej warunki, nie krócej niż do czasu zakończenia umowy o realizację zamówienia publicznego, w którym to celu przewidział m.in. rozwiązania kontraktowe mające zapewnić ten stan, jak również uchylić możliwość wystąpienia stanu przeciwnego.

W tym stanie rzeczy wnoszę o oddalenie odwołania w całości.

W imieniu Zamawiającego

WÓJTA
mgr Tomasz Osewski.....



Załączniki:

1. Odpis odpowiedzi na odwołanie.