

Sygn. akt: KIO 355/22

POSTANOWIENIE

z dnia 24 lutego 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Chudzik

Członkowie: Przemysław Dzierzędzki

Renata Tubisz

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w dniu 24 lutego 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 lutego 2022 r. przez wykonawcę **KOMA Ełk Sp. z o.o. z siedzibą w Ełku,**

w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Ełk,**

orzeka:

1. odrzuca odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę KOMA Ełk Sp. z o.o. z siedzibą w Ełku i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 z późn. zm.) na niniejsze postanowienie – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Ełk – wszczął w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 11 ustawy Pzp postępowanie o udzielenie zamówienia pn. *Odbiór i transport odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych położonych na terenie Gminy Ełk*. Ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy zostało opublikowane w dniu 17 stycznia 2022 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr 2022/BZP 00022576/01, a następnie zmienione ogłoszeniem z 31 stycznia 2022 r., opublikowanym w Biuletynie Zamówień Publicznych nr 2022/BZP 00042285/01. Wartość zamówienia przekracza progi unijne.

W dniu 10 lutego 2022 r. wykonawca KOMA Ełk Sp. z o.o. wniósł odwołanie, w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie 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. z 2020 r., 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 ustawy Pzp w szczególności polegające na :
 - braku potwierdzenia w dokumentach zamówienia, że Zakład Usług Gminnych Gmina Ełk Sp. 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 Sp. z o. o., które jest nierzetelne i nie zostało zweryfikowane przez Zamawiającego.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podniósł, że Zamawiający dokonując czynności polegającej na zmianie ogłoszenia w ten sposób, że brakującą argumentację w zakresie przesłanek udzielenia zamówienia in house zawarł w odpowiedzi na odwołanie, dopuścił się naruszenia art. 216 ust. 1 ustawy Pzp, gdyż zawarł uzasadnienie poza ogłoszeniem – w piśmie procesowym. Stwierdził, że przywołany wyżej przepis nie przewiduje

tego rodzaju uzupełnienia treści ogłoszenia, jak to zrobił Zamawiający, a dodatkowo – Zamawiający w taki sposób utrudnia dostęp do informacji o uzasadnieniu wyboru trybu z wolnej ręki.

Odwołujący podniósł również, 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. Gmina Ełk poprzestała na zapewnieniach własnej spółki, że ta wymagany poziom przychodów posiada. 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 w zw. z art. 214 ust. 5 ustawy Pzp. W to miejsce zaś ZUG podał tylko te przychody, które zdaniem ZUG należy wliczać do przychodu, o którym mowa art. 214 ust. 1 pkt 11 lit b ustawy 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”.
- 2) Przyjęto do ustalenia przychód za lata 2019-2021 r., mimo że nie powstało jeszcze sprawozdanie finansowe za 2021 r. (nawet w niezatwierdzonej wersji). Zgodnie zaś opinią UZP (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, co uniemożliwia ich weryfikację.
- 4) Weryfikację danych utrudnia podanie wszystkich przychodów łącznie, bez rozbicia na poszczególne lata.
- 5) Zestawienie, w porównaniu z danymi wynikającymi z sprawozdań finansowych za lata 2017-2020, jest nierzetelne.
- 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.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienie postępowania na podstawie art. 255 pkt 6 ustawy 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.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

W związku z tym, że postępowanie o udzielenie niniejszego zamówienia zostało wszczęte po 1 stycznia 2021 r., jest ono prowadzone na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 z późn. zm.), stosownie do art. 1 ustawy z 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2020 z późn. zm.).

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

W dniu 17 stycznia 2022 r. Zamawiający opublikował w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 2022/BZP 00022576/01 ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy na odbiór i transport odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych położonych na terenie Gminy Ełk. Jako tryb udzielenia zamówienia Zamawiający wskazał tryb z wolnej ręki, na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 11 ustawy Pzp.

Ponadto, w dniu 24 stycznia 2022 r. Zamawiający opublikował w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej (nr 2022/S 016-039064) ogłoszenie o dobrowolnej przejrzystości ex ante.

W obu powyższych ogłoszeniach Zamawiający przedstawił następujące uzasadnienie wyboru trybu 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.

W dniu 24 stycznia 2022 r. wykonawca KOMA Ełk Sp. z o.o. wniósł odwołanie, w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 214 ust. 1 pkt 11 zw. z art. 216 ust. 1 ustawy 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. z 2020 r., 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 ustawy 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 ustawy 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.

Uzasadniając powyższe zarzuty Odwołujący podniósł, że Zamawiający ograniczył się do przywołania ustawowych przesłanek udzielenia zamówienia in house, bez ich szerszego uzasadnienia oraz wykazania. Stwierdził, że niczym niepoparte jest twierdzenie, jakoby 90% działalności ZUG Gmina Ełk Sp. z o.o. dotyczyło zadań powierzonych przez Gminę Ełk. Podniósł również, że ustawa precyzuje w art. 214 ust. 5, że 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, co w tej sprawie nie zostało wykazane.

Odwołujący podniósł, że spółka, której zamierza powierzyć realizację zamówienia, nie spełnia przesłanek, określonych w art. 214 ust. 1 pkt 11 lit a i b ustawy Pzp. W szczególności spółka posiada średnioroczny przychód z działalności zleconej przez gminę na poziomie niższym niż 90%. Odwołujący powołał się na zawarte w sprawozdaniu z działalności za lata 2018-2020 spółki informacje:

- 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 indywidualnych. Największą strukturę % 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%,

co wskazuje, 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 ustawy Pzp.

Odwołujący wskazał, że pismem z 24 stycznia 2022 r. wystąpił do Zamawiającego o przedstawienie m.in. dokumentów, na podstawie których Zamawiający doszedł do przekonania, że ponad 90% działalności ZUG Gmina Etłk Sp. z o.o. dotyczy zadań powierzonych przez Gminę Etłk, a także o przekazanie informacji, jaki okres Zamawiający przyjął do powyższych ustaleń.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienie postępowania na podstawie art. 255 pkt 6 ustawy 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.

Zamawiający wniósł pisemną odpowiedź na powyższe odwołanie, w której wskazał, że odnosząc się do zarzutów i biorąc pod uwagę uzasadnienie do wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 stycznia 2022 (sygn. akt. KIO 3666/21 r.), uzupełnił dane w zakresie uzasadnienia w ogłoszeniu BZP w terminie umożliwiającym odwołującemu na zapoznanie się i analizą nowej treści ogłoszenia wraz z jego uzasadnieniem. Treść zmienionego ogłoszenia załączył do odpowiedzi na odwołanie. Ponadto Zamawiający podniósł m.in.:

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 Etłk za lata 2018-2020). 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 2019-2021 r. 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 zaokrążeń 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

Zestawienia tabelaryczne na potwierdzenie spełnienia warunku z art. 214 ust. 1 pkt. lit. b wz. z art. 214 ust.5 ustawy Pzp w załączeniu do odpowiedzi na odwołanie. /załącznik nr 1/.

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. (...)

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 do 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.*

Zakład Usług Gminnych Gmina Ełk Sp. z o.o. jest spółką komunalną, powstałą na podstawie uchwały Rady Gminy Ełk Nr LII/ 366/2017 z dnia 29 września 2017 r.

W Spółce 100% udziałów posiada Gmina Ełk. Jak wskazuje się w doktrynie „Gminy niewątpliwie mają znaczny wpływ na określenie kierunków działalności spółki (np. statut, regulamin organizacyjny itd.), mogą też kontrolować jej poczynania (np. poprzez Radę Nadzorczą, uchwały Zgromadzenia Wspólników), pomimo to jednak spółka zachowuje autonomię, m.in. może podejmować działania o charakterze komercyjnym II (...)

W analizowanym stanie faktycznym takich rozwiązań limitujących nie ma (ani ustawowych ani korporacyjnych). W konsekwencji zasadne jest przyjęcie, że Gmina Ełk sprawuje nad Zakładem Usług Gminnych Gmina Ełk Sp. z o.o. kontrolę analogiczną.

Należy podkreślić również, że umocnienie kontroli analogicznej Gminy nad Spółką wynika również z więzi korporacyjnych które w umowie spółki nie zostały w żaden sposób ograniczone, m.in. z tego, że Gmina jest jedynym podmiotem uprawnionym m.in. do: wyboru i odwołania członków rady nadzorczej, tworzenia funduszy w spółce, określania zasad kształtowania wynagrodzeń członków zarządu i członków rady nadzorczej, nabycia i zbycia nieruchomości, użytkowania wieczystego lub udziału w nieruchomości lub użytkowaniu wieczystym. Gmina powołała również w akcie założycielskim obecny Zarząd Spółki.

W Zakładzie Usług Gminnych Gmina Ełk Sp. z o.o. nie ma bezpośredniego udziału kapitału prywatnego. (...)

Nadmienić trzeba, że Zamawiający planując zlecenie zamówienia dla spółki komunalnej ZUG 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.(...)

W ogłoszeniu o zamiarze zawarcia umowy, zmienionym w dniu 31 stycznia 2022 r. 9nr 2022/BZP 00042285/01) Zamawiający przedstawił następujące uzasadnienie wyboru trybu 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=21781>.

Wyrokiem z dnia 7 lutego 2022 r. (sygn. akt KIO 181/22) Krajowa Izba Odwoławcza oddaliła odwołanie z dnia 24 stycznia 2022 r., stwierdzając tym samym, że niezasadne są zarzuty dotyczące: niewyczerpującego uzasadnienia prawnego i faktycznego wyboru trybu udzielenia zamówienia, a także – w której mniej niż 90% średniego rocznego przychodu z działalności za ostatnie 3 lata poprzedzające udzielenie zamówienia pochodzi z zadań powierzonych przez zamawiającego.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 528 pkt 4 ustawy Pzp, który stanowi, że Izba odrzuca odwołanie, jeżeli 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.

Norma przywołanego wyżej przepisu ustawy nakazuje odrzucić odwołanie wniesione w tym samym postępowaniu przez tego samego wykonawcę, jeżeli okoliczności podnoszone w nowym odwołaniu zostały już przez Izbę ocenione. Ma to uniemożliwić ponowne orzekanie w tej samej instancji o tym samym i zapobiec sytuacji zaistnienia w obrocie prawnym dwóch orzeczeń dotyczących tych samych okoliczności. Zmiana oceny prawnej tego samego stanu faktycznego możliwa jest bowiem wyłącznie w drodze kontroli instancyjnej.

W niniejszej sprawie zarzuty odwołania dotyczą czynności, których prawidłowość była przedmiotem oceny Izby w postępowaniu odwoławczym o sygn. akt KIO 181/22.

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 10 lutego 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.

Uprawnienie do ponownego zakwestionowania czynności Zamawiającego w powyższym zakresie nie może być wywodzone z faktu, że Zamawiający w dniu 31 stycznia 2022 r. dokonał zmiany ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy, uzupełniając uzasadnienie wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki.

Na marginesie Izba jedynie zauważa, że wskazana wyżej zmiana została dokonana przed rozprawą w sprawie KIO 181/22 i była przedmiotem argumentacji przedstawianej na tej rozprawie. Jak wynika z protokołu rozprawy, Odwołujący podnosił w jej toku, że zmieniając ogłoszenie Zamawiający nie dodał wielu nowych informacji w stosunku do ogłoszenia pierwotnego, a powołał się na odpowiedź na odwołanie. Zamawiający natomiast polemizował z tym stanowiskiem, przedstawiając argumentację przeciwną.

Przede 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.

W niniejszym odwołaniu Odwołujący kwestionuje również zestawienie przychodów ZUG za lata 2019-2021, na które powołał się Zamawiający w odpowiedzi na wcześniejsze odwołanie. Odwołujący 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 2017-2020 – jest nierzetelne. Odwołujący podniósł również, 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. 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 tej 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 dokonywanie ponownej oceny tej możliwości przez organ tej samej instancji byłoby niedopuszczalne.

Odwołanie podlega odrzuceniu również w zakresie, w jakim dotyczy technicznej strony zmiany ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy, tj. zmiany ogłoszenia w ten sposób, że w uzasadnieniu prawnym i faktycznym wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki zamieszczono link odsyłający do odpowiedzi na odwołanie wniesione 24 stycznia 2022 r. Jak już wyżej wskazano, zmiana ogłoszenia została dokonana przed rozprawą w sprawie KIO 181/22 i była przedmiotem argumentacji przedstawianej na tej rozprawie. Jak wynika z protokołu rozprawy, kwestia ta była przedmiotem polemiki stron w poprzednim postępowaniu odwoławczym. Odwołujący w toku rozprawy podawał w wątpliwość, czy pismo procesowe może zmieniać treść ogłoszenia, a jeżeli nawet można tak przyjąć, to podnosił,

że i tak odpowiedź na odwołanie nie zawiera oczekiwanych przez Odwołującego informacji i dokumentów, na podstawie których mógłby dokonać rzetelnej weryfikacji czy ZUG posiada przychód na wymaganym poziomie. Zamawiający natomiast podnosił, że opierał się w tym zakresie na innych działaniach zamawiających oraz na wyroku KIO 3621/21.

Odnosząc się do powyższej kwestii podkreślenia wymaga, że nawet jeśli ww. zmiana ogłoszenia nie została przez Izbę wzięta pod uwagę w postępowaniu o sygn. akt KIO 181/22, a Izba oparłaby się wyłącznie na pierwotnym brzmieniu ogłoszenia, to i tak dopuszczalność udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki należałoby uznać za przesądzoną przez Izbę. Zatem ewentualna nieskuteczność dokonanej zmiany nie mogłaby prowadzić – jak tego chce Odwołujący – do unieważnienia postępowania, gdyż jego prawidłowość została już zweryfikowana w poprzednim postępowaniu odwoławczym. Innymi słowy, jeśli uzasadnienie wyboru trybu przed jego uzupełnieniem zostało przez Izbę uznane za wystarczające i wykazujące istnienie ustawowych przesłanek udzielenia zamówienia in-house, to ocena ta nie mogłaby być odmienna w wyniku uznania zmiany ogłoszenia za nieskuteczną.

Podsumowując, przedmiotowe odwołanie należało uznać za zmierzające do uzyskania odmiennego rozstrzygnięcia Krajowej Izby Odwoławczej co do tych samych kwestii, które były już przedmiotem jej rozstrzygnięcia we wcześniejszym postępowaniu odwoławczym. Odwołanie takie jest z mocy ustawy niedopuszczalne. Jeśli Odwołujący nie podziela oceny dokonanej przez Izbę, powinien skorzystać z prawa wniesienia skargi na wyrok w sprawie KIO 181/22, nie może natomiast dążyć do zmiany tej oceny w drodze nowego odwołania.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557, art. 574 i art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i § 8 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437), obciążając kosztami postępowania Odwołującego.

Postanowienie wydano na posiedzeniu niejawnym, na podstawie art. 529 ust. 1 ustawy Pzp.

Przewodniczący:

.....

.....