

WYROK
z dnia 14 stycznia 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Kuszel - Kowalczyk

Członkowie: Emil Kuriata

Jolanta Markowska

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 stycznia 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 grudnia 2021 r. przez wykonawcę **KOMA Elk Sp. z o.o. z siedzibą w Elku** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Elk**,

orzeka:

1. Umarza postępowanie w zakresie zarzutu oznaczonego nr 3 w odwołaniu dot. naruszenia art. 214 ust. 1 pkt 11 w zw. z art. 16 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 z późn. zm.) w zw. z art. 9c ust. 1 ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (tj. Dz.U. z 2021 r. poz. 888 z późn. zm.).
2. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu Gminie Elk unieważnienie prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia na podstawie art. 255 pkt 6 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 z późn. zm.).
3. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego - **Gminę Elk** i:
 - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego – wykonawcę **KOMA Elk Sp. z o.o. z siedzibą w Elku** tytułem wpisu od odwołania,
 - 3.2. zasądza od Zamawiającego – **Gminy Elk** na rzecz Odwołującego – wykonawcy **KOMA Elk Sp. z o.o. z siedzibą w Elku** kwotę 18 998 zł 40 gr (słownie: osiemnaście tysięcy dziewięćset dziewięćdziesiąt osiem złotych czterdzieści groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania, dojazdu oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Elk [dalej „Zamawiający”] prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie zamówienia z wolnej ręki na Odbiór i transport odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych położonych na terenie Gminy Elk, na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych [tj. Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 z późn. zm., dalej „ustawa Pzp”]. Ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 10 grudnia 2021 r. pod numerem 2021/BZP 00310224.

W dniu 20 grudnia 2021 r. wykonawca KOMA Elk Sp. z o.o. z siedzibą w Elku [dalej „Odwołujący”] wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającym naruszenie:

- 1) art. 214 ust. 1 pkt 11 ustawy Pzp w związku 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. poz. 2439) poprzez przez niewyczerpujące uzasadnienie prawne i faktyczne wyboru trybu udzielenia;
zamówienia publicznego w Ogłoszeniu o zamiarze zawarcia umowy, polegające w szczególności na nie podaniu i nie wyjaśnieniu żadnej z trzech przesłanek udzielenia zamówienia z wolnej ręki (w tzw. trybie „in house”) z art. 214 ust. 1 pkt 11 ustawy Pzp, które muszą wystąpić łącznie aby możliwe było zastosowanie tego trybu;
- 2) art. 214 ust. 1 pkt 11 lit a) i b) ustawy Pzp poprzez zamierzenie udzielenia zamówienia spółce Zakład Usług Gminnych Gmina Elk Spółka z o. o., w której nie posiada dominującego wpływu na cele strategiczne oraz istotne decyzje dotyczące zarządzania sprawami tej osoby prawnej 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;
- 3) art. 214 ust. 1 pkt 11 ustawy Pzp w związku z art. 16 ustawy Pzp oraz art. 9c ust. 1 Ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 888 z późn. zm.). zamierzenie udzielenia zamówienia spółce Zakład Usług Gminnych Gmina Elk Spółka z o. o., która nie posiada uprawnień niezbędnych do realizacji zamówienia tj. nie posiada wpisu do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów od właścicieli nieruchomości.

Wobec ww. zarzutów Odwołujący wniósł o:

- 1) rozpoznanie i uwzględnienie odwołania,
- 2) nakazanie Zamawiającemu unieważnienie postępowania na podstawie art. 255 pkt 6 ustawy Pzp ponieważ postępowanie obciążone 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.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podał, że: Zamawiający w dniu 10.12.2021 r. zamieścił w BZP ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy na Odbiór i transport odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych położonych na terenie Gminy Etłk.

Zamawiający w Ogłoszeniu nr 2021/BZP 00310224 z dnia 2021-12-10 w 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: Zgodnie z art. 214 ust. 1 pkt 11 Ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo Zamówień Publicznych Zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki, jeżeli zam. udzielane jest przez zamawiającego, o którym mowa w art. 4 i art. 5 ust. 1 pkt 1, osobie prawnej, jeżeli spełnione są łącznie warunki: Gmina - jako podmiot zamawiający jest jedn. sektora finans. publ., która posiada 100% udziałów w spółce Zakład Usług Gminnych Gmina Etłk Spółka z o. o., siedziba: ul. T. Kościuszki 28A, 19-300 Etłk. Przedmiotem działalności Spółki jest wykonywanie powierzonych Spółce zadań własnych Gminy, w zakresie wskazanym przez Gminę oraz innych dział., a w szczególności: w zakresie zbiorowego zaopatrzenia w wodę i zbiorowego odprowadzania ścieków, zarządzania i administrowania mieniem komunalnym Gminy Etłk oraz gminnych dróg, ulic, mostów, placów oraz organizacji ruchu dróg.”

Dalej uzasadniając zarzuty Odwołujący wskazał, że udzielenie zamówienia w trybie *in-house* na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 11–14 ustawy Pzp nakłada na zamawiającego dodatkowe obowiązki ogłoszeniowe (określone w art. 216 ustawy 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. G.-B.[w:] E. W., A. W., P. W., A. G.-B., *Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany*, LEX/el. 2021, art. 216.). Odwołujący przywołał wyrok Izby z 22.06.2021 r., KIO 731/21, KIO 747/21.

Odwołujący podniósł, że zgodnie z art. 214 ust. 1 pkt 11 ustawy 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 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;”

Odwołujący stwierdził, że 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) dokonał następującego wprowadzenia do wyliczenia *„Zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki, jeżeli zam. udzielane jest przez zamawiającego, o którym mowa w art.4 i art. 5 ust. 1 pkt 1, osobie prawnej, jeżeli spełnione są łącznie warunki: (...)”* jednakże dalej wymienił okoliczności nie odnoszące się do żadnej z w/w trzech przesłanek (które muszą wystąpić łącznie) pozwalających na udzielenie zamówienia *in house*. Z powyższego Odwołujący wywiódł wniosek, że Gmina Ełk nie sprostала określönemu wyżej obowiązkowi ogłoszeniowemu co czyni wadliwym całe postępowanie.

Odwołujący podniósł 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 ustawy Pzp. Odwołujący wskazał, że 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
- 5 - 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% 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.

W kwestii zaś przesłanki sprawowania kontroli nad osobą prawną której zamawiający zamierza powierzyć realizację zamówienia Odwołujący powołał się na wyrok KIO z dnia 4 października 2019 r. sygn. akt: KIO 1842/19. Z powyższego Odwołujący wnioskował, że dla spełnienia w/w przesłanki nie jest wystarczająca przywołana w uzasadnieniu ogłoszenia informacja, że Zamawiający posiada 100% udziałów w tejże spółce.

Dodatkowo Odwołujący podniósł także, że w/w spółka nie może realizować zamówienia, które zamawiający zamierza jej powierzyć ponieważ nie posiada wpisu do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, a zgodnie z art. 9c ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 888 z późn. zm.) przedsiębiorca odbierający odpady komunalne od właścicieli nieruchomości jest obowiązany do uzyskania wpisu do rejestru w gminie, na terenie której zamierza odbierać odpady komunalne od właścicieli nieruchomości.

Zamawiający nie wniósł odpowiedzi na odwołanie, na rozprawie przedstawił swoje stanowisko i wnosił o oddalenie odwołania.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron, na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Na wstępie Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołań.

Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, tj. istnienie po stronie odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez odwołującego szkody w wyniku kwestionowanych czynności zamawiającego.

Do postępowania odwoławczego nie zgłosił przystąpienia żaden wykonawca.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowych sprawy Izba uwzględniła dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Krajowa Izba Odwoławcza, działając na podstawie art. 520 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 568 pkt 1 ustawy Pzp postanowiła umorzyć postępowanie odwoławcze w sprawie w zakresie zarzutu nr 3 odwołania tj. art. 214 ust. 1 pkt 11 w zw. z art. 16 ustawy Pzp w zw. z art. 9c ust. 1 ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (tj. Dz.U. z 2021 r. poz. 888 z późn. zm.).

Zgodnie z art. 520 ust. 1 ustawy Pzp, *odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy*. Stosownie do art. 568 pkt 1 ustawy Pzp, *Izba umarza postępowanie odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku cofnięcia odwołania*.

Odwołujący na posiedzeniu oświadczył, że cofa odwołanie w tej części. W przywołanym przepisie art. 520 ust. 1 ustawy Pzp ustawodawca przyznał Odwołującemu prawo do cofnięcia w całości środka ochrony prawnej. Skoro zatem wykonawca może cofnąć odwołanie w całości, to na zasadzie wnioskowania a maiori ad minus, należy uznać, że odwołujący może zrezygnować z popierania jedynie części odwołania. W orzecznictwie Izby nie jest kwestionowana możliwość skutecznego cofnięcia odwołania w części. Odwołujący oświadczył, że nie popiera już tego zarzutu, wobec powyższego postępowanie odwoławcze w tej części podlegało umorzeniu. Dostrzec należy, że Izba związana jest oświadczeniem odwołującego o cofnięciu części odwołania, czego skutkiem wynikającym wprost z art. 568 pkt 1 ustawy Pzp ustawy Pzp jest obowiązek umorzenia przez Izbę postępowania odwoławczego w zakresie wycofanego zarzutu.

Rozstrzygnięcie w przedmiocie zarzutów, które okazały się niesporne jest bezcelowe. Jednocześnie informacja o częściowym umorzeniu postępowania odwoławczego musi znaleźć odzwierciedlenie w sentencji orzeczenia, a nie w uzasadnieniu. W art. 559 ust. 2 ustawy Pzp, określającym w sposób wyczerpujący elementy treści uzasadnienia wyroku wydanego przez Izbę nie ma bowiem żadnej wzmianki o możliwości zamieszczenia w uzasadnieniu wyroku jakiegokolwiek rozstrzygnięcia.

W pozostałym zakresie, Izba stosownie do art. 522 ust. 4 ustawy Pzp, rozpoznała odwołanie.

Izba ustaliła, co następuje:

Ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy zamieszczono w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 10 grudnia 2021 r. pod numerem 2021/BZP 00310224.

Zgodnie z punktem 3.8) ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy (krótki opis przedmiotu zamówienia) przedmiotem zamówienia jest odbiór odpadów komunalnych z terenu Gminy Elk od właścicieli nieruchomości zamieszkałych w okresie od 01.01.2022 r. do 31.12.2022 i ich transport do Zakładu Unieszkodliwiania Odpadów prowadzonego przez Przedsiębiorstwo Gospodarki Odpadami „Eko-MAZURY” Sp. z o. o. z siedzibą w Siedliskach 77, 19 –300 Elk, w sposób zapewniający bieżący i nieprzerwany odbiór odpadów komunalnych. Przedmiot zamówienia realizowany będzie zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa, w szczególności: ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz. U. z 2021 r. poz. 888), zapisami Planu gospodarki odpadami dla województwa warmińsko –mazurskiego na lata 2016 – 2022 oraz przepisów prawa miejscowego.

Przedmiot zamówienia obejmuje odbiór i transport odpadów komunalnych z:

2.1. nieruchomości na których zamieszkują mieszkańcy nw. frakcji odpadów komunalnych:

1) segregowanych (gromadzonych w sposób selektywny) podanych poniżej rodzajów odpadów komunalnych (niezależnie od ich ilości):

- a) szkła,
- b) papieru,
- c) tworzyw sztucznych, metali, opakowań wielomateriałowych,
- d) ulegających biodegradacji ze szczególnym uwzględnieniem bioodpadów,
- e) popiołu paleniskowego oraz żużlu,
- f) wielkogabarytowych, w tym mebli i innych przedmiotów użytkowych wystawionych przez mieszkańców,
- g) zużytych urządzeń elektrycznych i elektronicznych,
- h) zużytych opon,

i) odpadów resztkowych pozostałych po segregowaniu zgromadzonych w workach, pojemnikach lub kontenerach usytuowanych przy zabudowie jednorodzinnej i wielolokalowej niezależnie od ich ilości,

2) niesegregowanych

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

W ogłoszeniu o zamiarze zawarcia umowy Zamawiający podał następujące uzasadnienie prawne i faktyczne wybranego trybu:

„Zgodnie z art. 214 ust. 1 pkt 11 Ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo Zamówień Publicznych Zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki, jeżeli zam. udzielane jest przez zamawiającego, o którym mowa w art. 4 i art. 5 ust. 1 pkt 1, osobie prawnej, jeżeli spełnione są łącznie warunki: Gmina - jako podmiot zamawiający jest jedn. sektora finans. publ., która posiada 100% udziałów w spółce Zakład Usług Gminnych Gmina Elk Spółka z o. o., siedziba: ul. T. Kościuszki 28A, 19-300 Elk. Przedmiotem działalności Spółki jest wykonywanie powierzonych Spółce zadań własnych Gminy, w zakresie wskazanym przez Gminę oraz innych dział., a w szczególności: w zakresie zbiorowego zaopatrzenia w wodę i zbiorowego odprowadzania ścieków, zarządzania i administrowania mieniem komunalnym Gminy Elk oraz gminnych dróg, ulic, mostów, placów oraz organizacji ruchu drog.”

Wykonawcą, z którym Zamawiający zamierzają zawrzeć umowę jest Zakład Usług Gminnych Gmina Elk Sp. z o.o. z siedzibą w Elku.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.

Wydając wyrok Izba uznała za istotne dla sprawy i rozstrzygające poniższe kwestie.

Zgodnie z art. 214 ust. 1 pkt 11 ustawy Pzp 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;

W ocenie Izby potwierdziły się zarzuty zawarte w punkcie 1) i 2) *petitum* odwołania.

Na wstępie wskazać należy, iż zgodnie z art. 129 ust. 2 ustawy Pzp, zamawiający może udzielić zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego i przetargu ograniczonego, a w pozostałych trybach zamawiający może udzielić zamówienia w przypadkach określonych w ustawie. Stosownie do treści art. 216 ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający zamieszcza w Biuletynie Zamówień Publicznych ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy, przed udzieleniem zamówienia na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 11-14, na zasadach określonych w dziale III rozdziale 2. W § 2 pkt 2 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) określono zakres informacji zawartych w ogłoszeniach zamieszczanych w BZP dla ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy (załącznik nr 2), tj. m.in. dotyczących trybu udzielenia zamówienia (pkt 4) obejmujących uzasadnienie faktyczne i prawne wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki (ppkt 2) oraz zawarcia umowy (pkt 5).

Z przedstawionego powyżej stanu prawnego należy wywieść, iż na zamawiającym spoczywają określone obowiązki informacyjne, w szczególności związane z przedstawieniem uzasadnienia faktycznego i prawnego wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki. Przedmiotowe

uzasadnienie jest o tyle istotne, że tryb zamówienia z wolnej ręki jest trybem niekonkurencyjnym, wyjątkiem od zasady udzielania zamówień publicznych w trybach zapewniających konkurencję. Dlatego też powyższe uzasadnienie powinno w sposób pełny przedstawiać i wykazywać podstawy do udzielenia zamówienia z wolnej ręki. Izba podziela stanowisko wyrażone w wyroku z dnia 22 czerwca 2021 r., o sygn. akt KIO 731/21, KIO 747/21 i przedstawioną tam argumentację uznaje za własną. Za składem orzekającym w ww. sprawie podkreślić należy, że przedstawienie uzasadnienia w BZP ma kluczowe znaczenie dla wykonawców potencjalnie zainteresowanych danym zamówieniem, którzy na podstawie zamieszczonego właśnie w Biuletynie Zamówień Publicznych uzasadnienia wybranego trybu dokonują oceny prawidłowości czynności zamawiającego, przede wszystkim z uwagi na ewentualność skorzystania ze środków ochrony prawnej. Dokonywana następnie przez Izbę ocena legalności zastosowanego trybu udzielenia zamówienia wywołanego wniesieniem odwołania również następuje w oparciu o uzasadnienie faktyczne i prawne upublicznione w Biuletynie Zamówień Publicznych. Tym samym, to po stronie zamawiającego leży zawsze wyczerpujące i wszechstronne przedstawienie okoliczności faktycznych i prawnych celem wykazania wszystkich przesłanek warunkujących udzielenie zamówienia *in – house* na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 11 ustawy Pzp, poddawanych ewentualnej kontroli wykonawców oraz Izby.

Izba stwierdziła, iż w niniejszej sprawie Zamawiający nie dopełnił ciążącego na nim obowiązku - uzasadnienie faktyczne i prawne zamieszczone BZP jest niezwykle lakoniczne, wręcz szczątkowe, a w konsekwencji nie potwierdza zasadności wybranego trybu zamówienia z wolnej ręki. W tym miejscu wskazać należy, iż nie można zgodzić się z twierdzeniem Zamawiającego, iż struktura Ogłoszenia i ograniczona liczba znaków jakie można zamieścić w poszczególnych polach uniemożliwiała zamieszczenie obszerniejszego uzasadnienia wyboru trybu. Zauważyć należy, iż zgodnie z Załącznikiem nr 2 do Rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie ogłoszeń zamieszczanych w Biuletynie Zamówień Publicznych pn. Zakres informacji zawartych w ogłoszeniu o zamiarze zawarcia umowy, może zawierać również Informacje dodatkowe, w których Zamawiający mogą podać informacje uzupełniające do informacji podanych w poszczególnych polach.

Istotą niniejszego sporu jest rozstrzygnięcie, czy w świetle uzasadnienia zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki zostały wykazane przesłanki uprawniające Zamawiającego do udzielenia zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 11 ustawy Pzp. Izba uznała, że w okolicznościach rozpoznawanej sprawy Zamawiający nie wykazał przesłanek, o których mowa w art. 214 ust. 1 pkt 11 lit. a i b ustawy Pzp. Zamawiający w uzasadnieniu faktycznym i prawnym wskazał jedynie, iż posiada 100% udziałów w spółce Zakład Usług

Gminnych Gmina Elk Spółka z o. o. siedzibą w Elku oraz określił przedmiot działalności Spółki.

Biorąc pod uwagę powyższe uzasadnienie faktyczne i prawne Izba uznała, że Zamawiający nie wykazał w zamieszczonym Ogłoszeniu, iż: sprawuje nad proponowanym wykonawcą kontrolę polegającą na dominującym wpływie na cele strategiczne i istotne decyzje dotyczące zarządzania sprawami ZUG Gmina Elk Sp. z o.o., przez co przesłanka określona w art. 214 ust. 1 pkt 11 lit. a ustawy Pzp nie została spełniona, oraz że ponad 90% działalności kontrolowanej osoby prawnej dotyczy wykonywania zadań powierzonych jej przez zamawiających sprawujących nad nią kontrolę lub przez inne osoby prawne kontrolowane przez tych zamawiających. Zamawiający nie przedstawił żadnych danych szczegółowych uzasadniających stwierdzenie, że przesłanki zostały spełnione, nie powołał się również na żadne analizy, wyliczenia czy inne dokumenty które mogłyby potwierdzać spełnienie ww. przesłanek. Jednocześnie dostrzeżenia wymaga, że argumentacja Zamawiającego przedstawiana w toku rozprawy i odnosząca się do sposobu sprawowania kontroli, czy też poziomu przychodów ZUG Gmina Elk Sp. z o.o. w żaden sposób nie znalazła odzwierciedlenia w ogłoszeniu o zamiarze zawarcia umowy.

W tym stanie rzeczy Izba uznała, iż Zamawiający nie wykazał spełnienia przesłanek określonych w art. 214 ust. 1 pkt 11 ustawy Pzp, tj. przesłanek kontroli oraz procentu działalności wykonywanej przez ZUG Gmina Elk Sp. z o.o. na rzecz Zamawiającego warunkujących udzielenie zamówienia w trybie z wolnej ręki. Jednocześnie Zamawiający uchybił obowiązkowi informacyjnemu nałożonemu ustawą Pzp, poprzez brak zamieszczenia w ogłoszeniu o zamiarze zawarcia umowy pełnego uzasadnienia faktycznego i prawnego zastosowanego trybu udzielenia zamówienia. Podkreślić należy, że braku wykazania przesłanek trybu zamówienia z wolnej ręki i niepełnego uzasadnienia w ogłoszeniu o zamiarze zawarcia umowy nie mogą zastępować przedstawione przez Zamawiającego na etapie postępowania odwoławczego dowody. W konsekwencji powyższego Izba nakazała Zamawiającemu unieważnienie prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia na podstawie art. 255 pkt 6 ustawy Pzp, ponieważ jest ono obarczone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia, polegającą na wszczęciu postępowania w trybie niekonkurencyjnym, pomimo niewykazania spełnienia przesłanek ustawowych uprawniających do zastosowania trybu z wolnej ręki, a wada ta nie może zostać usunięta w inny sposób.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp w zw. z § 5 pkt 1 i 2 lit. b) oraz § 7 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady

Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Wobec powyższego, orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....