

Sygn. akt: KIO 1355/22

WYROK
z dnia 1 lipca 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marek Bienias
Członkowie: Renata Tubisz
Anna Wojciechowska

Protokolanci: Mikołaj Kraska
Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 czerwca 2022 r. oraz w dniu 28 czerwca 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 maja 2022 r. przez wykonawcę **KOMA Ełk Sp. z o.o. z siedzibą w Ełku** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Ełk w Ełku**,

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę KOMA Ełk Sp. z o.o. z siedzibą w Ełku i
 - 2.1. 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.
 - 2.2. Zasądza od wykonawcy KOMA Ełk Sp. z o.o. z siedzibą w Ełku na rzecz Zamawiającego Gminy Ełk w Ełku kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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) 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:

.....

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Ełk – prowadzi w trybie zamówienia z wolnej ręki postępowanie o udzielenie zamówienia pn. Odbiór i transport odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych położonych na terenie Gminy Ełk, Nr nadany przez zamawiającego: KZP.271.3.14.2022. Ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy zamieszczone zostało w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr 2022/BZP 158377/01 w dniu 13 maja 2022 r. oraz ogłoszenie o dobrowolnej przejrzystości ex ante zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr: 2022/S 096-266378 w dniu 18.05.2022 r.

W dniu 23 maja 2022 r. wykonawca KOMA Ełk Sp. z o.o. z siedzibą w Ełku wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

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.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1) 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);

- 2) obciążenie Zamawiającego w całości kosztami postępowania odwoławczego, w tym kosztami zastępstwa prawnego,
- 3) przeprowadzenie dowodu z dokumentów dołączonych do odwołania.

Odwołujący wskazał, że:

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. Żaden 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*, konieczne 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 orzecnictwem. 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 zawnioskował 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 publicznych”), 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 2018-2020 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	

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 powierzonych 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 Ełk”. Szkoły oraz instytucje kultury są odrębnymi od Gminy Ełk 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 Ełk.

8) „częściowa refundacja kosztów bieżących napraw i remontów dzierzonych sieci wod-kan na terenie Gminy Ełk” – 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 budowlaną (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 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 Ełk” – 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 Ełk

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 Ełk 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 Ełk 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%.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie z dnia 8 czerwca 2022 r. (pismo z dnia 31 maja 2022 r.) wnosił o oddalenie odwołania w całości.

Zamawiający podniósł, że 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 (tj. 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 ort. S 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. o,
- 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 czynności¹, 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, nieznane 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 - 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 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 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 Elk 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 uzasadnienie innego wyrok 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 wskazało 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/hiperłączy) 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 różniąc 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 które/ 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, uwzględnić 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 nieruchomość została przyłączona do sieci i która wystąpi/a 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 realizowanych w ramach zadania własnego i nie obejmuje innych usług. Jest nadto zatwierdzona przez organ regulacji (Państwowe Gospodarstwo 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.

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

Izba ustaliła, że Odwołujący spełnia określone w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody polegającej na nieuzyskaniu zamówienia.

Stan faktyczny:

Ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy zamieszczone zostało w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr 2022/BZP 158377/01 w dniu 13 maja 2022 r. oraz ogłoszenie o dobrowolnej przejrzystości ex ante zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr: 2022/S 096-266378 w dniu 18.05.2022 r.

W dniu 23 maja 2022 r. wykonawca KOMA Ełk Sp. z o.o. z siedzibą w Ełku wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

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.

W wyniku wniesionego odwołania przez wykonawcę KOMA Elk Sp. z o.o., Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie z dnia 8 czerwca 2022 r. (pismo z dnia 31 maja 2022 r.) wnosił o oddalenie odwołania w całości.

Stan prawny:

Zgodnie z art. 214 ust. 1 pkt 11 PZP, zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki, jeżeli zachodzi co najmniej jedna z następujących okoliczności:

- 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.

Zgodnie z art. 214 ust. 9 PZP, wykonawca, któremu udzielono zamówienia na podstawie ust. 1 pkt 11-13, nie może powierzyć wykonania części zamówienia podwykonawcy, która dotyczy głównego przedmiotu zamówienia.

Stosownie do art. 216 ust. 1 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.

Stosownie do art. 112 ust. 1 PZP, zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności.

Stosownie do 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, w zakresie informacji zawartych w ogłoszeniu o zamiarze zawarcia umowy: uzasadnienie faktyczne i prawne wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia albo zamówienia z wolnej ręki.

Stanowisko Izby:

Zarzuty Odwołującego w zakresie naruszenia przez Zamawiającego 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, jak również 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 Elk Spółka z o. o., w której zdaniem Odwołującego mniej niż 90% średniego rocznego przychodu z działalności za ostatnie 3 lata poprzedzające udzielenie zamówienia pochodzi z zadań powierzonych przez zamawiającego i w związku z powyższym nie posiada zdolności do należytego wykonania zamówienia, są zdaniem Izby niezasadne.

Zgodnie z art. 214 ust. 1 pkt 11 PZP, zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki, jeżeli zachodzi co najmniej jedna z następujących okoliczności:

- 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.

Natomiast stosownie do art. 214 ust. 5 ustawy PZP, do obliczania procentu działalności, o którym mowa w ust. 1 pkt 11 lit. b, pkt 12 lit. b, pkt 13 lit. b i pkt 14 lit. c, uwzględnia się średni

przychód osiągnięty przez osobę prawną lub zamawiającego w odniesieniu do usług, dostaw lub robót budowlanych za 3 lata poprzedzające udzielenie zamówienia.

Izba wskazuje, że ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy zamieszczone zostało w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr 2022/BZP 158377/01 w dniu 13 maja 2022 r. oraz zamawiający dokonał ogłoszenia o dobrowolnej przejrzystości ex ante, które zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr: 2022/S 096-266378 w dniu 18.05.2022 r.

Izba zgadza się z Odwołującym, że odwołanie w niniejszym postępowaniu dotyczy postępowania o udzielenie zamówienia publicznego in house na lata 2023-2025, natomiast poprzednie postępowanie in house dotyczyło postępowania na 2022 r.

Izba zważa, że ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy z Zakładem Usług Gminnych Gmina Elk sp. z o.o. było opublikowane w dniu 17 stycznia 2022 r. i dotyczyło sprawy rozstrzyganej przez skład orzekający w sprawie o numerze KIO 181/22 z dnia 7 lutego 2022 r. Tym samym ogłoszenie z dnia 13 maja 2022 r. jest nową czynnością Zamawiającego, na którą przysługuje odwołanie.

Nadto Izba wskazuje, że w pkt 4.2 ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy, zamawiający poinformował, że pełna treść uzasadnienia faktycznego i prawnego znajduje się na stronie internetowej zamawiającego (BIP). Zamawiający zamieścił tam dokumenty, w których w piśmie z dnia 12.05.2022 r. opisowo przedstawia spełnienie przesłanek udzielenia zamówienia z wolnej ręki, a w kolejnych załącznikach zamieścił wyliczenia Zakładu Usług Gminnych Gmina Elk sp. z o.o. obrazujące średni przychód za ostatnie trzy lata.

Izba zważa, że zarzuty obecnego odwołania opierają się na twierdzeniach Odwołującego, że:

- 1) zamawiający zobowiązany jest wykazać, a nie jedynie przywołać istnienie przesłanki z art. 214 ust. 1 pkt 11 lit b ustawy Pzp,
- 2) 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,
- 3) zamawiający powinien dokonać ustaleń w powyższym zakresie na podstawie danych o uzyskanych przychodach zawartych w sprawozdaniach finansowych za 3 lata poprzedzające rok udzielenia zamówienia.

Izba wskazuje, że powyższe okoliczności były również podstawą zarzutów odwołania z dnia 24 stycznia 2022 r. i zostały objęte wyrokiem Izby z dnia 7 lutego 2022 r., sygn. akt KIO 181/22.

W niniejszym odwołaniu Odwołujący kwestionuje również zestawienie przychodów Zakładu Usług Gminnych Gmina Ełk sp. z o.o. za lata 2019-2021, które zostało przywołane w ogłoszeniu ocenianym przez Izbę w sprawie KIO 181/22 i na które powołał się Zamawiający w odpowiedzi na wcześniejsze odwołanie w tym postępowaniu, na co wskazywał Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 31 maja 2022 r. 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 2019-2021 - nierzetelne.

Odnosnie zarzutu 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, Izba podziela w pełni argumentację zawartą w wyroku KIO 181/22 oraz KIO 3621/21.

Zgodnie z 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), Zamawiający w ogłoszeniu o zamiarze zawarcia umowy powinien podać uzasadnienie faktyczne i prawne wyboru zamówienia z wolnej ręki. W przepisach jednak nie został określony poziom szczegółowości tego uzasadnienia.

Nadto Izba w uzasadnieniu wyroku o sygn. akt. KIO 3621/21 stwierdziła, 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 w ww. zakresie nie korespondowało nie tylko z założeniem o racjonalności ustawodawcy, ale abstrahowało od narzędzi, które zostały oddane zamawiającym w celu spełnienia obowiązku ustawowego”.

W tym samym wyroku Izba doszła do przekonania, że z przepisów nie wynika obowiązek dołączenia do ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy informacji źródłowych w postaci załączników ani nie przewiduje obowiązku (a wręcz możliwości) zamieszczenia w nim pełnej treści wiarygodnej prognozy handlowej, czy też dokumentów źródłowych. Obowiązek ten nie należy również wywodzić z treści art. 216 ustawy PZP.

Należy więc zgodzić się ze składem orzekającym KIO 181/22, że ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy ma wyłącznie charakter informacyjny.

Odwołujący w odwołaniu w ramach podniesionych zarzutów zarzucił Zamawiającemu, że Zamawiający zamierza powierzyć realizację zamówienia in-house na odbiór odpadów Zakładowi Usług Gminnych Gmina Ełk sp. z o.o. - głównie będącej przedsiębiorstwem wodociągowo-kanalizacyjnym, kwestionując zarazem procent wymaganego przychodu, rozróżniając poszczególne przychody wodno-kanalizacyjne, przychody z robót budowlanych, przychody z utrzymania zieleni. W ocenie Odwołującego procentowy przychód, 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 związanej z gospodarką odpadową.

Izba nie zgadza się z tym poglądem Odwołującego, ponieważ przepis art. 214 ust. 5 ustawy PZP w zw. z art. 214 ust. 1 pkt 11 lit. b w sposób jednoznaczny mówi o średnim przychodzie osiągniętym przez osobę prawną w odniesieniu do usług, dostaw lub robót budowlanych za 3 lata poprzedzające udzielenie zamówienia publicznego i tym samym zdaniem Izby nie rozdziela przychodów rodzajowo i nie muszą być one związane wyłącznie z gospodarką odpadową.

Nadto, co istotne, Izba wzięła pod uwagę również to, że Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wskazał, że planując zlecenie zamówienia dla spółki komunalnej - Zakładowi Usług Gminnych Gmina Ełk spółka z.o.o - poniósł już w 2021 r. wydatki w wysokości 4 506 720,00 zł brutto na zakup niezbędnego sprzętu do wykonywania zadań w zakresie gospodarki odpadami. Tym samym Zakład Usług Gminnych Gmina Ełk sp. z o.o. w oparciu o umowę zawartą z Zamawiającym realizuje odbiór i transport odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych położonych na terenie Gminy Ełk. Oznacza to, zdaniem Izby, że nie ma racji Odwołujący, że Zakład Usług Gminnych Gmina Ełk sp. z o.o. nie ma w ogóle doświadczenia związanego z gospodarką odpadową i tym samym samodzielnie realizuje odbiór i transport odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych położonych na terenie Gminy Ełk z użyciem dedykowanego sprzętu (śmieciarek) udostępnionych przez Zamawiającego, na co

wskazał Zamawiający w piśmie procesowym z dnia 21 czerwca 2022 r. Na potwierdzenie powyższego Zamawiający złożył na rozprawie w dniu 10 czerwca 2022 r. dowody w postaci umowy nr KZP.271.3.1.2022 z dnia 9 lutego 2022 r. oraz umowę dzierżawy nr 1/XII/2021 z dnia 9 grudnia 2021 r.

Izba zważa, że rację ma Zamawiający, że Odwołujący w zakresie naruszenia przez Zamawiającego art. 214 ust.11 pkt. b opiera się na wyliczeniach opartych na sprawozdaniach finansowych (sprawozdania finansowe Zakładu Usług Gminnych Gmina Ełk sp. z o.o. za lata 2018-2020, za 2021 r. sprawozdanie finansowe nie zostało jeszcze sporządzone i nie zostało zatwierdzone, na co wskazywał Zamawiający na rozprawie w dniu 10 czerwca 2022 r.), natomiast zgodnie z art. 214 ust. 5 „do obliczania procentu działalności, o którym 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 postępowaniu dotyczy to okresu 2019-2021.

Mając powyższe na uwadze, Izba zważa, że zgodnie z powyższym przepisem chodzi o przychód osiągnięty przez osobę prawną (w niniejszym postępowaniu przez Zakład Usług Gminnych Gmina Ełk sp. z o.o.) w odniesieniu do usług, dostaw lub robót budowlanych za 3 lata poprzedzające udzielenie zamówienia, a nie do przychodów ogółem tej osoby prawnej, tj. nie dotyczy przychodów ogółem wynikających ze sprawozdań finansowych. Tym samym, zdaniem Izby, Zamawiający nie musiał ujmować przychodów operacyjnych i finansowych, tak jak tego domagał się Odwołujący.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, jak również z korespondencji między Odwołującym a Zakładem Usług Gminnych Gmina Ełk sp. z o.o. wynika, że to w sprawozdaniu finansowym spółki publikowanym w Krajowym Rejestrze Sądowym ujmuje się ogół przychodów na mocy art. 12 ustawy z dnia 15 lutego 1992 r. o podatku dochodowym od osób prawnych (Dz.U. z 2021 r. poz. 1800 z późn. zm.). Ustalając w oparciu o art. 214 ust. 5 ustawy PZP średni przychód osiągnięty przez osobę prawną lub zamawiającego w odniesieniu do usług, dostaw lub robót budowlanych za 3 lata poprzedzające udzielenie zamówienia, tj. za lata 2019-2021 r. wyłączono zatem zgodnie z tym przepisem pozycję przychodów w rozumieniu art. 12 ustawy o podatku dochodowym od osób prawnych 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. Powyższe potwierdził Zamawiający na rozprawie w dniu 10 czerwca 2022 r.: „W zw. z powyższym posługiwanie się sprawozdaniami finansowymi było nieprawidłowe i wymagała sporządzenia odrębnego dokumentu, który zawierał przychody, o których mowa w art. 214 ust. 5 ustawy PZP”.

Nadto Izba zważa, że Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wskazywał, że Zakład Usług Gminnych Gmina Ełk Sp. z o.o. sporządził 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 2019-2021 r., o którym mowa w art. 214 ust. 5 ustawy PZP z wyłączeniem przychodu z zadania przejętego na podstawie umowy cesji od Gminy Ełk polegającego na tranzycie 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.

Izba w tym miejscu chce podkreślić, że zawieranie umów o zaopatrzenie w wodę lub odprowadzanie ścieków z osobą fizyczną odbywa się na mocy art. 6 ust. 2 ustawy 7 czerwca 2001 r. o zbiorowym zaopatrzeniu w wodę oraz zbiorowym odprowadzaniu ścieków (Dz.U. z 2020 r. poz. 2028), zgodnie z którym 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. Natomiast zgodnie z art. 6 ust. 1 ustawy 7 czerwca 2001 r. o zbiorowym zaopatrzeniu w wodę oraz zbiorowym odprowadzaniu ścieków, dostarczanie wody lub odprowadzanie ścieków odbywa się na podstawie pisemnej umowy o zaopatrzenie w wodę lub odprowadzanie ścieków zawartej między przedsiębiorstwem wodociągowo-kanalizacyjnym a odbiorcą usług. Odbiorca usług został zdefiniowany w art. 2 pkt 3 ustawy 7 czerwca 2001 r. o zbiorowym zaopatrzeniu w wodę oraz zbiorowym odprowadzaniu ścieków, zgodnie z którym uważa się każdego, kto korzysta z usług wodociągowo-kanalizacyjnych z zakresu zbiorowego zaopatrzenia w wodę i zbiorowego odprowadzania ścieków na podstawie pisemnej umowy z przedsiębiorstwem wodociągowo-kanalizacyjnym.

Nadto Izba zważa, że w wyroku KIO z dnia 4 października 2019 r., sygn. akt. KIO 1842/19, 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".

Jednocześnie przez zbiorowe odprowadzanie ścieków i zbiorowe zaopatrzenie w wodę rozumie się stosownie do art. 2 pkt 20 i pkt 21 ustawy 7 czerwca 2001 r. o zbiorowym zaopatrzeniu w wodę oraz zbiorowym odprowadzaniu ścieków, odpowiednio działalność polegającą na odprowadzaniu i oczyszczaniu ścieków, prowadzoną przez przedsiębiorstwo wodociągowo-kanalizacyjne oraz działalność polegającą na ujmowaniu, uzdatnianiu i dostarczaniu wody, prowadzoną przez przedsiębiorstwo wodociągowo-kanalizacyjne.

Izba wskazuje w tym miejscu na wcześniejszy wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4 października 2019 r., sygn. akt. KIO 1842/19: „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 nieruchomość została przyłączona do sieci i która wystąpi/a z pisemnym wnioskiem o zawarcie umowy (art. 6 ust. 2 ww. ustawy). (...) „idąc tokiem rozumowania Odwoływającego, 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". Izba w pełni popiera powyższy pogląd tamtejszego składu orzekającego.

Nadto Zamawiający wskazał w odpowiedzi na odwołanie, że podważanie przez Odwoływającego wyliczeń przedstawionych w ogłoszeniu o zamiarze zawarcia umowy w kontekście

przychodów wodno-kanalizacyjnych jest chybione, gdyż odnosi się ona do działalności objętej taryfą, która jest zdefiniowana w art. 2 pkt 12 ustawy 7 czerwca 2001 r. o zbiorowym zaopatrzeniu w wodę oraz zbiorowym odprowadzaniu ścieków, zgodnie z którym przez taryfę rozumie się: „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 gminy i nie obejmuje innych usług, a dodatkowo taryfa podlega zatwierdzeniu przez organ regulacyjny, z wyłączeniem taryfy zmienionej w związku ze zmianą stawki podatku od towarów i usług (art. 24b ust. 1 ustawy 7 czerwca 2001 r. o zbiorowym zaopatrzeniu w wodę oraz zbiorowym odprowadzaniu ścieków). Zamawiający na rozprawie w dniu 10 czerwca 2022 r. potwierdził powyższe, że: „ZUG również występuje do Gospodarstwa Wody Polskie o zatwierdzenie taryfy dla zatwierdzenia zbiorowego zaopatrzenia w wodę i odprowadzania ścieków. Taryfa ta została złożona jako dowód w sprawie, w zw. z czym ZUG jest w pełni samodzielnym przedsiębiorstwem wodociągowym”.

W związku powyższym, argument Odwołującego, że przychody Zakładu Usług Gminnych Gmina Ełk Sp. z o.o. 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, zdaniem Izby nie sprawdziły się.

Tym samym nie sprawdził się zarzut naruszenia przez Zamawiającego 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.

Co do zarzutu w pkt 3 i 4 odwołania dotyczącego niezrealizowania przez Zakład Usług Gminnych Gmina Ełk Sp. z o.o. (za ostatnie trzy lata) zadań powierzonych przez Zamawiającego na poziomie wyższym niż 90 % ogólnego przychodu w zakresie wskazanym przez Odwołującego, Izba w pierwszej kolejności zwraca uwagę, że zadania powierzone przez Zamawiającego na poziomie wyższym niż 90 % dotyczą przychodów z usług, dostaw lub robót budowlanych a nie przychodów ogółem.

Izba zważa, że Zamawiający w załączniku do uzasadnienia trybu z wolnej ręki (in-house), w średnim przychodzie osiągniętym przez Zakład Usług Gminnych Gmina Ełk Sp. z o.o. w odniesieniu do usług, dostaw lub robót budowlanych za lata 2019-2021, o którym mowa w art. 214 ust. 5 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych wynika, że przychody z działalności powierzonej przez Gminę Ełk za lata 2019-2021 wyniosły

20 382 945,79 zł netto, co daje 90,79%, natomiast przychody z działalności pozostałej za lata 2019-2021 wyniosły 2 068 770,41 zł netto, co daje 9,21%. Ponadto Zamawiający w tym samym załączniku wskazał symulacje średniego przychodu osiągniętego przez Zakład Usług Gminnych Gmina Ełk Sp. z o.o. w odniesieniu do usług, dostaw lub robót budowlanych za lata 2019-2021, o którym mowa w art. 214 ust. 5 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (PZP) z wyłączeniem przychodu z zadania przejętego na podstawie umowy cesji od 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 działalności pozostałej, wynika, że przychody z działalności powierzonej przez Gminę Ełk za lata 2019-2021 wyniosły 20 286 871,24 zł netto, co daje 90,36%, natomiast przychody z działalności pozostałej za lata 2019-2021 wyniosły 2 164 844,96 zł netto, co daje 9,64%.

Zgodnie z art. 7 ust.1 ustawy z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym (Dz.U. z 2022 r. poz. 559) wynika, że zaspokajanie zbiorowych potrzeb wspólnoty należy do zadań własnych gminy. W szczególności zadania własne obejmują sprawy:

- 1) ładu przestrzennego, gospodarki nieruchomościami, ochrony środowiska i przyrody oraz gospodarki wodnej;
- 2) gminnych dróg, ulic, mostów, placów oraz organizacji ruchu drogowego;
- 3) wodociągów i zaopatrzenia w wodę, kanalizacji, usuwania i oczyszczania ścieków komunalnych, utrzymania czystości i porządku oraz urządzeń sanitarnych, wysypisk i unieszkodliwiania odpadów komunalnych, zaopatrzenia w energię elektryczną i ciepłą oraz gaz;
- 3a) działalności w zakresie telekomunikacji;
- 4) lokalnego transportu zbiorowego;
- 5) ochrony zdrowia;
- 6) pomocy społecznej, w tym ośrodków i zakładów opiekuńczych;
- 6a) wspierania rodziny i systemu pieczy zastępczej;
- 7) gminnego budownictwa mieszkaniowego;
- 8) edukacji publicznej;
- 9) kultury, w tym bibliotek gminnych i innych instytucji kultury oraz ochrony zabytków i opieki nad zabytkami;
- 10) kultury fizycznej i turystyki, w tym terenów rekreacyjnych i urządzeń sportowych;
- 11) targowisk i hal targowych;
- 12) zieleni gminnej i zadrzewień;
- 13) cmentarzy gminnych;
- 14) porządku publicznego i bezpieczeństwa obywateli oraz ochrony przeciwpożarowej i przeciwpowodziowej, w tym wyposażenia i utrzymania gminnego magazynu

przeciwpowodziowego;

15) utrzymania gminnych obiektów i urzędzeń użyteczności publicznej oraz obiektów administracyjnych;

16) polityki prorodzinnej, w tym zapewnienia kobietom w ciąży opieki socjalnej, medycznej i prawnej;

17) wspierania i upowszechniania idei samorządowej, w tym tworzenia warunków do działania i rozwoju jednostek pomocniczych i wdrażania programów pobudzania aktywności obywatelskiej;

18) promocji gminy;

19) współpracy i działalności na rzecz organizacji pozarządowych oraz podmiotów wymienionych w art. 3 ust. 3 ustawy z dnia 24 kwietnia 2003 r. o działalności pożytku publicznego i o wolontariacie (Dz.U. z 2020 r. poz. 1057 oraz z 2021 r. poz. 1038, 1243, 1535 i 2490);

20) współpracy ze społecznościami lokalnymi i regionalnymi innych państw.

Nadto Izba wskazuje, że przychody realizowane przez Zakład Usług Gminnych Gmina Ełk Sp. z o.o. wskazane przez Odwołującego w postaci dostarczania wody i odprowadzania ścieków są realizowane na podstawie umowy przeniesienia praw i obowiązków z dnia 12.12.2017 r. na mocy, której Gmina Ełk przeniosła prawa i obowiązki wynikające ze wszystkich umów na dostawy wody i odbiór ścieków zawartych przez Gminę Ełk z odbiorcami tych usług na rzecz ZUG Gminy Ełk, zaś ZUG Gminy Ełk te prawa i obowiązki przyjęła (§ 2 ww. umowy).

Ponadto na podstawie dowodu w postaci umowy z dnia 28 lutego 2020 r. zawartej między Gminą Ełk a ZUG Gmina Ełk wynika, że w związku z powołaniem do życia spółki komunalnej Zakład Usług Gminnych Gmina Ełk Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Ełku, w której 100% udziałów posiada Gmina Ełk, a której celem jest wykonywanie zadań własnych Gminy Ełk o charakterze użyteczności publicznej m.in. w zakresie zbiorowego zaopatrzenia w wodę i zbiorowego odprowadzania ścieków, Zakład Usług Gminnych Gmina Ełk Sp. z o.o. będzie wykonywał m.in. następujące zadania:

- poboru wody wraz z jej uzdatnianiem,

- dostawy wody i odbioru ścieków na podstawie zawartych umów z podmiotami korzystającymi z sieci;

- bieżącego rozliczania opłat za dostawę wody i odbiór ścieków sanitarnych zgodnie z taryfą zatwierdzoną przez organ regulacyjny;

- prowadzenia wymaganej dokumentacji eksploatowanych obiektów i sieci;

- określania warunków technicznych niezbędnych do udzielenia zgody na wykonanie przyłączy

do sieci wodociągowej, kanalizacyjnej i sanitarnej oraz udzielanie zgody na wykonywanie tych przyłączy,

- powykonawczego odbioru wykonanych przyłączy wodociągowych, kanalizacji sanitarnej;
- zapewnienia funkcjonowania pogotowia wodociągowo-kanalizacyjnego zdolnego do całodobowej obsługi w zakresie likwidowania awarii wodociągowych i kanalizacyjnych;
- uzyskania na stosownych decyzji administracyjnych zezwalających na pobór wód,
- pobierania należnych opłat za korzystanie ze środowiska oraz ich okresowe przekazywanie do właściwego organu.
- prowadzenia badań jakości wydobywanej i uzdatnianej wody w częstotliwości i parametrach określanych pozwoleniem wodno-prawnym oraz przekazywanie ich właściwym organom zgodnie z odrębnymi przepisami,
- przygotowywania wymaganych informacji do sprawozdawczości.

Nadto Izba wskazuje, że z dowodów w postaci uchwały Nr XXIV/148/2020 Rady Gminy Ełk z dnia 31 stycznia 2020 r. w sprawie powierzenia Zakładowi Usług Gminnych Ełk spółka z o.o. z siedzibą w Ełku zadań własnych Gminy Ełk (§ 1 ww. uchwały) oraz aktu notarialnego Repertorium A nr 479/2020 z dnia 14 stycznia 2020 r. zawierający jednolity akt założycielski Spółki ZUG Gmina (§ 3 aktu założycielskiego) wynika jednoznacznie, że Spółka ZUG Gmina Ełk wykonuje zadania własne Gminy Ełk, w tym utrzymanie czystości i porządku na terenie Gminy Ełk oraz budynkach będących własnością Gminy Ełk (§ 1 ust. 1 pkt 3 ww. uchwały).

Mając powyższe na uwadze, jak i umowę nr FS-251/58/5096/01/15 na dostawę wody i odprowadzanie ścieków zawartą między Przedsiębiorstwem Wodociągów i Kanalizacji Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością a Gminą Ełk z dnia 03.06.2015 r., a następnie aneksowana aneksem nr 1/2018 z dnia 16.08.2018 r. pomiędzy Przedsiębiorstwem Wodociągów i Kanalizacji Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością a ZUG Gmina Ełk sp. z o.o., Izba wskazuje, że nie można uznać twierdzeń Odwołującego, że to Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością realizuje zadania w postaci dostarczania wody i odprowadzania ścieków, a nie Zakład Usług Gminnych Gmina Ełk Sp. z o.o.

Tym samym Izba nie podziela poglądu Odwołującego, że ZUG Gmina Ełk Sp. z o.o. jest pośrednikiem a Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji podwykonawcą. Zamawiający na rozprawie w dniu 10 czerwca 2022 r. wskazał: „Przed rokiem 2015 operatorami były prywatne przedsiębiorstwa, którym zlecano usługi wykonywania dostaw i odbioru ścieków i przedsiębiorstwa te zarządzały sieciami, eksploatowały je i za ich pośrednictwem dostarczały wodę i odprowadzały ścieki od indywidualnych odbiorców zawierając z nimi stosowne umowy.

Od 2015 r. kontrolę przejęła ponownie Gmina Ełk. Gmina Ełk pełniła rolę przedsiębiorstwa wodno-kanalizacyjnego w rozumieniu przepisów ustawy o zbiorowym zaopatrzeniu wody i zbiorowym odprowadzeniu ścieków, podpisała na nowo umowy z indywidualnymi odbiorcami, jak i zawarła umowę na hurtowy zakup wody z PWIK. Nie jest prawdą, że PWIK świadczył jakiegokolwiek usługi na rzecz mieszkańców. Gmina Ełk posiadała setki kilometrów i mogła wykonywać usługi tylko na terenie własnej gminy. Nie było porozumień między Miastem Ełk a Gminą Ełk na świadczenie przez PWIK usług świadczenia na dostawę wody i odprowadzania wody na terenie Gminy Ełk. Co więcej PWIK musiałby mieć wpis do działalności regulowanej pozwalającej na tego typu prowadzenie działalności na terenie Gminy Ełk. Odwołujący tego nie wykazał, bo nigdy nie miało to miejsca. Z przyczyn organizacyjno-podatkowych Gmina Ełk zdecydowała o stworzeniu spółki komunalnej – jest to ZUG, gdzie gmina posiada 100% udziałów. Zadaniem własnym spółki poza dostawą wody i odprowadzaniem ścieków jest również działalność w zakresie wywozu odpadów, przy czym działalność ta nie została automatycznie uruchomiona z uwagi na brak bazy sprzętowej. Gmina Ełk przekazała wyposażenie zw. ze sprzętem wodno-kanalizacyjnym spółce ZUG, jak i wynikający z uchwały Rady Gminy Ełk dot. odprowadzania ścieków, dostawę wody i odprowadzanie ścieków. Na podstawie umowy generalnej cesji Gmina Ełk przekazała ZUG wszystkie prawa i obowiązki przedsiębiorstwa wodociągowo-kanalizacyjnego wynikające z umów z indywidualnymi przedsiębiorstwami, jak i dokonała cesji umowy o hurtowy zakup wody od PWIK. Z tej umowy wynika, że zakup wody nie odbywa się na podstawie taryfy tak jak na podstawie ustawy o zbiorowym zaopatrzeniu wody, lecz są tam wskazane stawki kwotowe, ponieważ jest to umowa hurtowego zakupu wody. ZUG posiada własne ujęcie, ale korzysta również z wody, którą kupuje od PWIK – nie jest to jednak żadna umowa pośrednictwa, a taka umowa nigdy nie została zawarta, a woda z PWIK jest dostarczana do granicy Gminy Ełk, gdzie następnie jest dystrybuowana sieciami należącymi do Gminy Ełk lub ZUG do indywidualnych odbiorców, z którymi posiada umowy ZUG. Bieżącą usługę tych sieci, jak również odbiorców sprawuje ZUG. Do usług należy również utrzymanie sieci kanalizacyjnej, sieci przepompowni, których jest znaczna ilość (ponad 100). Wszystkie te usługi wykonuje ZUG jako samodzielne przedsiębiorstwo wodociągowe w rozumieniu ustawy o zbiorowym zaopatrzeniu w wodę”.

Dodatkowo Zamawiający w piśmie procesowym z dnia 21 czerwca 2022 r. podkreślił, że żaden inny podmiot nie jest uprawniony do wykonywania tych usług na terenie Gminy Ełk i posiada je jedynie ZUG Gmina Ełk sp. z o.o., co potwierdza dowód wniesiony przez Zamawiającego w postaci decyzji Wójta Gminy Ełk z dnia 6 grudnia 2017 r. Nie zmienia tego również dowód wniesiony przez Odwołującego w postaci wysokości rozliczeń za dostarczoną wodę i odprowadzone i oczyszczone ścieki w okresie od 01.01..2019 r. do 31.12.2021 r. Zakładu Usług Gminnych Ełk Spółka z o.o.

Izba chciałaby się w tym miejscu odnieść do zarzutu Odwołującego, że wynagrodzenie spółki ZUG Gmina Ełk z tytułu częściowej refundacji kosztów bieżących napraw i remontów dzierzonych w sieci wodno-kanalizacyjnej na terenie Gminy Ełk nie jest przychodem z usługi powierzanej przez Zamawiającego. Izba zwraca uwagę, że z umowy z dnia 28 lutego 2020 r. w § 3 jednoznacznie wynika, że ZUG Gmina Ełk Sp. z o.o. jest obowiązana dokonywać bieżących napraw i remontów dzierzonych sieci. Z tytułu wykonywania tych usług zleconych przez Zamawiającego, ZUG Gmina Ełk Sp. z o.o. otrzymuje zryczałtowane wynagrodzenie, które fakturuje obciążając Zamawiającego. Świadczy o tym § 5 ww. umowy, a także dowód wniesiony przez Zamawiającego w postaci faktury VAT Nr: FV 0009/09/2021/D z dnia 14 września 2021 r.

Tym samym zdaniem Izby jest to przychód pochodzący z zadań zleconych przez Zamawiającego obejmujący swym zakresem normę wyrażoną w art. 214 ust. 1 pkt 11 lit. b w zw. z art. 214 ust. 5 ustawy PZP, a także przychodem ze świadczonych usług w rozumieniu art. 12 ustawy z dnia 15 lutego 1992 r. o podatku dochodowym od osób prawnych (Dz.U z 2022 r. poz. 583 z późn.zm.).

Nadto Izba zważa, że wskazania Odwołującego jakoby dopłata do wody do 1 m³, dopłata do ścieków do 1 m³, opłata administracyjna stała wynikająca z taryfy, opłata dodatkowa za przekroczenie normy ścieków, częściowa refundacja kosztów bieżących napraw i remontów dzierzonych sieci wodno-kanalizacyjnych na terenie Gminy Ełk, dofinansowanie projektu na Elektroniczne Biuro Obsługi Klienta, tranzyt PUK Prostki, przychody z drewna pozyskanego oraz zlecenia ze szkół oraz innych instytucji kultury Gminy Ełk nie są przychodami z usług, dostawy lub roboty budowlanej powierzonymi przez Zamawiającego (Gminę Ełk) są zdaniem Izby gołosłowne i nie mają pokrycia w materiale dowodowym w niniejszym postępowaniu odwoławczym. Dodatkowo Izba wskazuje, że tranzyt PUK Prostki został wyłączony z przychodu, o którym mowa w art. 214 ust. 5 ustawy PZP, o czym świadczy dowód w postaci symulacji średniego przychodu osiągniętego przez Zakład Usług Gminnych Gmina Ełk Sp. z o.o. w odniesieniu do usług, dostaw lub robót budowlanych za lata 2019-2021 r., o którym mowa w art. 214 ust. 5 ustawy PZP z wyłączeniem przychodu z zadania przejętego na podstawie umowy cesji od Gminy Ełk polegającego na transycie 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 dokumentu powyższego wynika, że wyłączając powyższe przychody, to i tak przychody z działalności powierzanej przez Gminę Ełk za lata 2019-2021 wyniosły 20 286 871,24 zł netto, co daje 90,36%.

Izba nadto zwraca uwagę, że w uchwale nr XXX/192/2020 Rady Gminy Ełk z dnia 30 czerwca 2020 r. w sprawie dopłat do ceny 1 m³ wody oraz w uchwale Nr XXVIII/173/2020 Rady Gminy Ełk z dnia 18 maja 2020 r. w sprawie dopłaty do ceny 1 m³ odprowadzania ścieków na podstawie art. 18 ust. 2 pkt 15 ustawy z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym i art. 24 ust. 6 ustawy z dnia 7 czerwca 2001 r. o zbiorowym zaopatrzeniu w wodę i zbiorowym odprowadzaniu ścieków, Rada Gminy Ełk podjęła uchwałę o dopłacie z budżetu Gminy Ełk dla grupy odbiorców podłączonych do sieci PUK sp. z o.o. Prostki do ceny 1 m³ dostarczanej wody oraz uchwałę o dopłacie z budżetu Gminy Ełk do ceny 1 m³ odprowadzanych ścieków dla gospodarstw domowych i pozostałych odbiorców usług podłączonych do sieci miejskiej PWiK sp. z o.o. w Ełku.

Zamawiający w piśmie procesowym z dnia 21 czerwca 2022 r. wskazał, że dopłatę gmina przekazuje przedsiębiorstwu wodociągowo-kanalizacyjnemu. W przypadku uchwalenia tej dopłaty stanowi ona przychód ze świadczonych usług ZUG Gmina Ełk Sp. z o.o. będącej przedsiębiorstwem wodociągowo-kanalizacyjnym z wykonywanej działalności w zakresie zbiorowego zaopatrzenia w wodę i zbiorowym odprowadzaniu ścieków mieszkańców Gminy Ełk powierzonej przez Zamawiającego - w tym przypadku grupy odbiorców do których woda dostarczana jest siecią wodociągową administrowaną przez Spółkę z innego źródła niż ujęcia własne (ujęcia PUK Sp. z o.o. Prostki) lub siecią kanalizacyjną administrowaną przez ZUG Gmina Ełk do oczyszczalni PWiK sp. z o.o. w Ełku.

Zamawiający podkreślił, że w dalszym ciągu woda i ścieki są dostarczane przez ZUG Gmina Ełk zarządzanymi przez nią sieciami (własnymi lub należącymi do Gminy Ełk), w oparciu o umowy o zbiorowe zaopatrzenie w wodę łączące Spółkę z indywidualnymi odbiorcami, zaś część wynagrodzenia za świadczenie tych usług należnego Spółce ZUG Gmina Ełk, na mocy uchwały Nr XXX/192/2020 Rady Gminy Ełk i na mocy uchwały Nr XXVIII/173/2020 Rady Gminy Ełk przekazywana jest tej Spółce nie przez odbiorców indywidualnych objętych dopłatą, lecz bezpośrednio przez Gminę Ełk (Zamawiającego).

Izba ponadto nie zgadza się z Odwołującym, że Zarządzenie Nr 134/20 Wójta Gminy Ełk z dnia 30 czerwca 2020 r. w sprawie powołania Dyrektora Centrum Kultury Gminy Ełk z siedzibą w Stradunach oraz Zarządzenie Nr 130/21 Wójta Gminy Ełk z dnia 14 września 2021 r. w sprawie powierzenia pełnienia obowiązków Kierownika Biblioteki Publicznej Gminy Ełk w Nowej Wsi Ełckiej nie świadczą o sprawowaniu kontroli nad tymi osobami prawnymi, o której mowa w art. 214 ust. 1 pkt 11 lit b. Na potwierdzenie powyższego Zamawiający przedstawił dowód w postaci publikacji Artura Potockiego pt. „Zależność samorządowych instytucji kontroli w aspektach prawnoadministracyjnych” publ. Studia

Administracyjne 9/2017, www.wnus.edu.pl/sa DOI: 10.18276/sa/2017.9-13, s. 169-182: „instytucje kultury są zależne od swojego organizatora przede wszystkim pod kątem finansowym, co zostało wykazane w części czwartej opracowania. Ponadto tego typu jednostki są uzależnione organizacyjnie od samorządu, ponieważ to organy stanowiące JST mogą określać zasady funkcjonowania jednostki, jej status oraz zasady obsadzania stanowisk kierowniczych. Efektem tego jest przede wszystkim podległość merytoryczna”.

Powyższe okoliczności potwierdzają, zdaniem Izby, że realizacja zadań bieżących gminnych jednostek kultury Zamawiającego, tj. Biblioteki Publicznej Gminy Ełk oraz Centrum Kultury Gminy Ełk z lat 2019-2021 jest finansowana przede wszystkim przez Zamawiającego, który powołuje dodatkowo ich kierowników, nadaje statuty określając zasady ich funkcjonowania i status.

Zdaniem Izby incydentalne pozyskanie przez Bibliotekę Publiczną Gminy Ełk jednorazowego dofinansowania projektu rozbudowy budynku Biblioteki z Ministerstwa Kultury i Dziedzictwa Narodowego nie przesądza o braku kontroli Zamawiającego nad tą jednostką, co Odwołujący wskazywał w piśmie z dnia 17 czerwca 2022 r.

Na potwierdzenie powyższego Zamawiający wniósł na rozprawie dowody w postaci Części opisowej do sprawozdania z przebiegu wykonania planu finansowego Biblioteki Publicznej Gminy Ełk z siedzibą w Nowej Wsi Ełckiej za lata 2019-2021, z których jednoznacznie wynika, że wyłączając jednorazowe dofinansowanie z Ministerstwa Kultury i Dziedzictwa Narodowego (562.500,00 zł w 2019 r., 1.107.227,85 zł w 2020 r., w 2021 r. nie było dotacji z Ministerstwa, natomiast dotacja podmiotowa wyniosła 301.646,00 zł w 2019 r., 268.000,00 zł w 2020 r., dotacja celowa w wysokości 155.579,55 zł w 2020 r., a także dotacja podmiotowa w wysokości 385.000,00 zł w 2021 r.) wynika udział Zamawiającego w finansowaniu tej jednostki w ponad 96 %.

Podobną sytuację mamy w dowodzie wniesionym również na rozprawie Części opisowej do sprawozdania z przebiegu wykonania planu finansowego Centrum Kultury Gminy Ełk z siedzibą w Stradunach za lata 2019-2021, przy czym Izba zwraca uwagę, że nie było tutaj w ogóle jednorazowego dofinansowania z Ministerstwa Kultury i Dziedzictwa Narodowego, lecz jedynie dotacja podmiotowa (dotacja podmiotowa w wysokości 521.000,00 zł w 2019 r., dotacja podmiotowa w wysokości 337.000,00 zł w 2020 r. oraz dotacja podmiotowa w wysokości 455.000,00 zł w 2021 r.).

Co do szkół Zamawiający wskazał na rozprawie w dniu 10 czerwca 2022 r., że: „szkoły to

jednostki budżetowe Gminy Ełk, które są przez nią kontrolowane. Ich dochody pochodzą w całości z Gminy Ełk, statut nadaje im Wójt Gminy Ełk, jak również zatwierdza ich plany finansowe i podejmuje zarządzenia w sprawie zmian finansowych”.

Tym samym, zdaniem Izby, zgodnie z normą zawartą w art. 214 ust. 1 pkt. 11 lit b ustawy PZP przychody ZUG Gmina Ełk Sp. z o.o. pochodzące od szkół i instytucji kultury Gminy Ełk (Zamawiającego) mogą być wliczane do procentu przychodów zadań powierzonych przez inną osobę prawną, nad którą ten zamawiający sprawuje kontrolę, o której mowa w art. 214 ust. 1 pkt 11 lit. a ustawy PZP. Nadto Izba wskazuje, że zgodnie z uchwałą nr XXIV/148/2020 Rady Gminy Ełk z dnia 31 stycznia 2020 r. w § 1 ust. 1 pkt 7 jednoznacznie wynika, że powierza się Zakładowi Usług Gminnych Gmina Ełk spółka z o.o. wykonywanie zadań własnych Gminy w zakresie: utrzymania gminnych obiektów i urządzeń użyteczności publicznej w szczególności : konserwacji i naprawy zainstalowanych urządzeń i innych elementów małej architektury na placach zabaw, konserwacji i naprawy przystanków.

Podobnie, zdaniem Izby, mamy do czynienia z usługą utrzymania zieleni w postaci wycinki drzew. Zamawiający w piśmie procesowym z dnia 21 czerwca wskazał, że do przychodu, o którym mowa w art. 214 ust. 1 pkt 11 lit b w zw. z art. 214 ust. 5 PZP została wliczona kwota odpowiadająca równowartości pozyskanego drewna będącego wynagrodzeniem Spółki ZUG Gmina Ełk za wykonane na rzecz Zamawiającego usługi utrzymania zieleni komunalnej. Dodatkowo Zamawiający na rozprawie podkreślił, że jeżeli koszty usługi przekraczają wartość pozyskanego drewna gmina dopłaca w oparciu o fakturę wystawioną przez ZUG. Na potwierdzenie powyższego Zamawiający złożył na rozprawie dowód w postaci notatki informacyjnej, z której jednoznacznie wynika, że „w przypadku wykonywania przez ZUG wycinki drzew z działek gminnych, po wycince następuje szacowanie wartości drewna pozyskanego. Uzyskana wartość drewna rekompensuje koszty pozyskania, w przypadku przekroczenia wartości usługi Zug wystawia rachunek”.

Zamawiający odniósł się jeszcze na rozprawie w dniu 10 czerwca 2022 r. do Elektronicznego Biura Obsługi Klienta, wskazując że: „ jest to system, który obsługuje indywidualnych odbiorców wody i kanalizacji. Jest to powiązane z usługami prowadzonymi przez ZUG i służy tylko temu celowi, nie służy żadnemu innemu obszarowi działalności spółki. Jest to przychód wynikający z zadań powierzonych przez zamawiającego”.

Tym samym, zdaniem Izby, należy zgodzić się z Zamawiającym, że są to przychody wynikające z art. 214 ust. 5 ustawy PZP.

Reasumując, Izba stoi na stanowisku, że nie sprawdził się zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 214 ust. 1 pkt 11 lit b) PZP oraz 112 ust. 1 PZP i w związku z art. 214 ust. 9 PZP.

Izba dodatkowo zwraca uwagę, że nie ma racji Odwołujący, że dowody składane przez Zamawiającego na rozprawie należy uznać za spóźnione i uzupełniające w niedozwolony sposób ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy. Izba uważa, że zgodnie z art. 535 ustawy PZP, dowody na poparcie swoich twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej, strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy.

Zamawiający wskazywał w piśmie procesowym z dnia 21 czerwca 2021 r., że składane na rozprawie dowody tylko rozwijały argumentację wskazaną w odpowiedzi na odwołanie oraz złożono je na odparcie twierdzeń strony przeciwnej, z czym Izba w pełni się zgadza.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 i 575 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz § 2 ust. 1 pkt 2 w zw. z § 5 pkt 2 lit. b oraz § 8 ust. 2 pkt 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. 2020 r. poz. 2437), obciążając kosztami postępowania odwołującego.

Wobec powyższego orzeczono, jak w sentencji.

Przewodniczący:

.....

.....

