



KANCELARIA RADCÓW PRAWNYCH
MARCIN BOGDAN
I WSPÓLNICY

Elk, 28 października 2024 r.

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

Odwołujący: KOMA Sp. z o.o.
Ul. Krzemowa 8B. 19-300 Elk
KRS 0001089111
zastępowana przez radcę prawnego Marcina Bogdana
z Kancelarii Radców Prawnych Marcin Bogdan i Wspólnicy
ul. Wojska Polskiego 53/4, 19-300 Elk
e-mail: bogdan@kancelaria-mb.pl

Zamawiający: Miasto Suwałki
Ul. Mickiewicza 1
16-400 Suwałki

Przedmiot zamówienia: Odbiór odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy oraz nieruchomości, które w części stanowią nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy, a w części nieruchomości, na których nie zamieszkują mieszkańcy, wytworzonych w sektorze I Suwałk

Publikacja ogłoszenia: Ogłoszenie nr 2024/BZP 00552496/01 z dnia 2024-10-18

ODWOŁANIE

W imieniu KOMA Sp. z o.o. (zwanej dalej: „**Odwołującym**”) – w oparciu o załączone pełnomocnictwo, na podstawie art. 513 pkt 1 i 2 w zw. z art. 505 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (zwanej dalej: „**PZP**”) wnoszę odwołanie od wyboru przez Miasto Suwałki (zwaną dalej „**Zamawiającym**”) trybu z wolnej ręki do Odbiór odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy oraz nieruchomości, które w części stanowią nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy, a w części nieruchomości, na których nie zamieszkują mieszkańcy, wytworzonych w sektorze I Suwałk (zwanym dalej „**Postępowaniem**”).

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

- 1) art. 214 ust. 1 pkt 11 PZP w związku z art. 216 ust. 1 PZP oraz ust. 4 pkt 2 Załącznika nr 2 do Rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie ogłoszeń zamieszczanych w Biuletynie Zamówień Publicznych poprzez niewyczerpujące uzasadnienie prawne i faktyczne wyboru trybu udzielenia zamówienia

publicznego w Ogłoszeniu o zamiarze zawarcia umowy, polegające w szczególności na niewyjaśnieniu żadnej z trzech przesłanek udzielenia zamówienia z wolnej ręki (w tzw. trybie „in house”) z art. 214 ust. 1 pkt 11 PZP, które muszą wystąpić łącznie aby możliwe było zastosowanie tego trybu

- 2) art. 18 ust. 1 PZP oraz art. 73 ust. 1 PZP oraz art. 74 ust. 1 i 2 PZP poprzez uczynienie załącznikami do protokołu w pkt 19 ppkt 5 protokołu z postępowania dokumentów wykonawcy potwierdzających spełnianie warunków z art. 214 ust. 1 pkt 11b Pzp i odmówienie Odwołującemu wglądu do dokumentów (jako podlegających udostępnieniu dopiero po wyborze), stanowiących postawę prawną i faktyczną obrania trybu z wolnej ręki jako trybu udzielenia zamówienia publicznego w sytuacji gdy takie dokumenty powinny stanowić podstawę wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia w trybie wolnej ręki

z ostrożności także pomimo, że Odwołujący nie mógł zapoznać się z szczegółowym uzasadnieniem spełnienia przesłanek z art. 214 ust. 1 pkt 11:

- 3) art. 214 ust. 1 pkt 11 lit a) i b) PZP poprzez zamierzenie udzielenia zamówienia spółce Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej w Suwałkach sp. z o.o., w której nie posiada dominującego wpływu na cele strategiczne oraz istotne decyzje dotyczące zarządzania sprawami tej osoby prawnej a także w której mniej niż 90% średniego rocznego przychodu z działalności za ostatnie 3 lata poprzedzające udzielenie zamówienia pochodzi z zadań powierzonych przez zamawiającego,

Celem nadrzędnym postanowionych zarzutów jest uzyskanie w postępowaniu pełnych informacji o spełnieniu przesłanek z art. 214 ust. 1 pkt 11 PZP i dopiero ewentualnie formułowanie skonkretyzowanych zarzutów, których sformułowanie na tym etapie z uwagi na nieudostępnianie przez zamawiającego dokumentów i wyjaśnień jest w zasadzie niemożliwe.

Ze względu na powyższe zarzuty, Odwołujący wnosi o:

- 1) rozpoznanie i uwzględnienie odwołania,
- 2) nakazanie Zamawiającemu unieważnienie postępowania na podstawie art. 255 pkt 6 PZP, ponieważ postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego polegającą na wszczęciu postępowania w trybie z wolnej ręki (niekonkurencyjnym), pomimo niewykazania przez Zamawiającego wystąpienia uzasadnionych podstaw prawnych i faktycznych do zastosowania takiego trybu;
- 3) obciążenie Zamawiającego w całości kosztami postępowania odwoławczego, w tym kosztami zastępstwa prawnego.

Interes w uzyskaniu zamówienia i szkoda

Odwołujący jest wykonawcą, prowadzącym działalność w zakresie gospodarki odpadowej, zainteresowanym realizowaniem zamówienia w tym zakresie na rzecz Zamawiającego. Zamawiający zamierza zlecić zamówienie na odbiór odpadów komunalnych w trybie niekonkurencyjnym (w tzw. in house) niezgodnie z przepisami PZP, co pozbawi Odwołującego możliwości ubiegania się o

realizację zamówienia a tym samym naraża go na szkodę, która polega na utracie potencjalnego wynagrodzenia związanego ze zrealizowaniem zamówienia.

Termin na wniesienie odwołania.

W związku z tym, że w Ogłoszeniu nr 2024/BZP 00552496/01, które ukazało się 18 października 2024 r. zamieszczona została informacja „Procedura: Unijna”, w sprawie będzie miał zastosowanie termin na złożenie środków odwoławczych, określony w art. 515 ust. 2 pkt 1 PZP, który upływa dziś.

UZASADNIENIE

Stan faktyczny.

1. Zamawiający w dniu 18.10.2024 r. zamieścił w BZP ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy na Odbiór odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy oraz nieruchomości, które w części stanowią nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy, a w części nieruchomości, na których nie zamieszkują mieszkańcy, wytworzonych w sektorze I Suwałk.
2. Zamawiający w Ogłoszeniu nr 2024/BZP 00552496/01 w sekcji IV Tryb Udzielenia Zamówienia wskazał, że:
„4.1.) Tryb udzielenia zamówienia/ wraz z podstawą prawną: Zamówienie udzielane jest w trybie zamówienia z wolnej ręki na podstawie: art. 214 ust. 1 pkt 11 ustawy
4.2.) Uzasadnienie faktyczne i prawne wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia albo zamówienia z wolnej ręki: Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej w Suwałkach sp. z o.o. stanowi spółkę jednoosobową Miasta Suwałki. Miasto jako wyłączny udziałowiec Spółki sprawuje nad nią kontrolę odpowiadającą kontroli nad własnymi jednostkami, polegającą na dominującym wpływie Miasta na cele strategiczne oraz istotne decyzje dotyczące zarządzania sprawami Spółki. Ponad 90% działalności Spółki dotyczy wykonywania zadań powierzonych przez Miasto Suwałki. Spółka jest przedsiębiorstwem wielobranżowym utworzonym przez Miasto Suwałki zgodnie z art. 2 oraz 9 ust. 1 ustawy z dnia 20 grudnia 1996r o gospodarce komunalnej w celu realizacji zadań Miasta. W przypadku Spółki udział działalności dotyczącej wykonywania zadań powierzonych przez Miasto Suwałki obliczony według ww. zasad z art. 214 ust. 5 ustawy PZP wynosi 92%. W kapitale zakładowym PGK w Suwałkach Sp. z o.o. nie ma udziału kapitału prywatnego. Spełnione są warunki wynikające z art. 305 ust. 1 w związku z art. 214 ust. 1 pkt 11 ustawy PZP.”
3. Odwołujący niezwłocznie po zapoznaniu się z ogłoszeniem, przeszukał stronę internetową zamawiającego w tym stronę internetową postępowania podaną w ogłoszeniu i stwierdził, że brak jest jakichkolwiek dodatkowych informacji uzasadniających zastosowanie dla w/w zamówienia publicznego trybu in house i powierzenia realizacji zamówienia spółce Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej w Suwałkach sp. z o.o.
4. Odwołujący wiadomością mailową z dnia 22.10.2024 r. zwrócił się do Zamawiającego na podstawie ustawy o dostępie do informacji publicznej o przekazanie w formie skanu na adres mail: zamowienia@koma.pl wszystkich dokumentów posiadanych przez Zamawiającego – Miasto Suwałki w sprawie zamówień publicznych pn.: ZP.271.61.2024 Odbiór odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy oraz

nieruchomości, które w części stanowią nieruchomości (...) wytworzonych w sektorze I Suwałk ZP.271.62.2024 Odbiór odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy oraz nieruchomości, które w części stanowią nieruchomości (...) wytworzonych w sektorze II Suwałk ZP.271.63.2024 Odbiór odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy oraz nieruchomości, które w części stanowią nieruchomości (...) wytworzonych w sektorze III Suwałk Wnioskodawca oczekuje przesłania wszystkich dokumentów zgromadzonych w procedurze udzielenia zamówienia publicznego tj. od chwili wszczęcia postępowania do chwili obecnej, a także dokumentu/ów z szacowania wartości zamówienia **oraz dokumentów na podstawie których zamawiający ustalił, że ponad 92 % przychodów spółki pochodzi z zadań powierzonych jej przez Zamawiającego** (przesłanki z art. art. 214 ust. 1 pkt 11 PZP.) oraz protokołu z postępowania.

5. W odpowiedzi na wniosek jak powyżej Zamawiający wiadomością z dnia 25.10.2024 r. przekazał protokoły z postępowań oraz poinformował, że:
„Jednocześnie - mając na uwadze przepis art. 74 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2024 r. poz. 1320 t.j.) - informuję, że wyszczególnione we wniosku dokumenty stanowiące załączniki do protokołu postępowania mogą zostać udostępnione po zawarciu umowy.”

Uzasadnienie zarzutów.

6. 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. Zamawiający realizując opisane wyżej obowiązki ogłoszeniowe powinien wykazać (a nie jedynie przywołać – jako to uczynił w tej sprawie), spełnienie przesłanek do zastosowania obranego trybu. 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. Także w wyroku KIO z 14.01.2022 r. KIO 3666/21 Izba stwierdziła, że: „**Przedstawienie**

uzasadnienia faktycznego i prawnego wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki w Biuletynie Zamówień Publicznych ma kluczowe znaczenie dla wykonawców potencjalnie zainteresowanych danym zamówieniem, którzy na podstawie zamieszczonego w BZP uzasadnienia wybranego trybu dokonują oceny prawidłowości czynności zamawiającego, przede wszystkim z uwagi na ewentualność skorzystania ze środków ochrony prawnej. Dokonywana następnie przez Izbę ocena legalności zastosowanego trybu udzielenia zamówienia wywołanego wniesieniem odwołania również następuje w oparciu o uzasadnienie faktyczne i prawne upublicznione w Biuletynie Zamówień Publicznych. Tym samym, to po stronie zamawiającego leży zawsze wyczerpujące i wszechstronne przedstawienie okoliczności faktycznych i prawnych celem wykazania wszystkich przesłanek warunkujących udzielenie zamówienia in-house na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 11 p.z.p., poddawanych ewentualnej kontroli wykonawców oraz Izby.”

7. 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.

Zamawiający realizując opisane wyżej obowiązki ogłoszeniowe powinien wykazać istnienie w/w przesłanek, a właściwym miejscem ku temu jest treść ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy, dla której minimalne informacje zostały ustalone Załącznikiem nr 2 do Rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie ogłoszeń zamieszczanych w Biuletynie Zamówień Publicznych (Dz. U. poz. 2439). W ust. 4 pkt 2 w/w załącznika określono, że w ogłoszeniu o zamiarze zawarcia umowy powinno znaleźć się:

„4. Tryb udzielenia zamówienia:

(...)

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

Zamawiający w pkt 4.2. Ogłoszenia zawarł co prawda zapewnienie, że spółka, której zamierza udzielić zamówienia spełnia wszystkie wymagania określone w w/w przepisie jednakże uznać należy to za niewystarczające, bowiem nie poparte rozszerzoną argumentację w szczególności w zakresie tego:

- jakie narzędzia posiada Zamawiający do sprawowania kontroli, polegającej na dominującym wpływie na cele strategiczne i istotne decyzje

oraz

- jak wyliczono 92% wskaźnik przychodowy realizacji zadań powierzonych przez Zamawiającego.
8. Dostrzec należy, że Odwołujący zanim skorzystał z środków ochrony prawnej zabiegał o pozyskanie od Zamawiającego dokumentów stanowiących podstawę zastosowania trybu z wolnej ręki, jednakże dostępu do tych dokumentów (na tym etapie postępowania mu odmówiono). Otrzymanie ich od zamawiającego tak jak zapisał w swojej odpowiedzi „po podpisaniu umowy” doprowadziłoby do upływu terminów określonych w PZP na skorzystanie z środków ochrony prawnej na wybór przez zamawiającego trybu udzielenia zamówienia publicznego.
9. Jednym z załączników do protokołu w pkt 19 ppkt 5 są „dokumenty Wykonawcy potwierdzające spełnianie warunku z art. 214 ust. 1 pkt 11b Pzp”. Zauważyć w tym miejscu należy, że wyliczenia i dokumenty na potwierdzenie, że ponad 90% działalności spółki dotyczy wykonywania zadań powierzonych jej przez zamawiającego powinna być weryfikowana przed wszczęciem bowiem zasadność wszczęcia postępowanie w tym trybie – in-house uzależnione jest m.in. od spełnienia tej przesłanki przychodowej – oznacza to zatem, że nie jest możliwe weryfikowanie tego dopiero na podstawie dokumentów składanych w postępowaniu przez wykonawcę. Zaprzecza temu też informacja płynąca z ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy, gdzie zamawiający określił już, że wartość ta wynosi 92% Odwołujący uważa, że analiza i obliczenia spełniania przesłanki przychodowej (z art. 214 ust. 1 pkt 11 lit b PZP) nastąpiły przed wszczęciem postępowania a Zamawiający nie chcąc poddawać kontroli Odwołującego (lub ewentualnie także Izby) poprawności wyliczeń w tym zakresie, zasłania się tym, że nie podlegają one udostępnieniu (na tym etapie) jako załączniki do protokołu.
10. Wychodząc naprzeciw spodziewanej argumentacji zamawiającego, że ogłoszenie w BZP nie pozwala na zamieszczanie dodatkowych dokumentów i ma ograniczoną liczbę znaków to wskazuje po pierwsze, że zamawiający utrudnia uzyskiwanie dostępu do nich, bowiem gdyby wstępowały jedynie w/w przeszkody techniczne Zamawiający byłby gotowy do udostępniania ich zainteresowanym podmiotom. Po drugie, Zamawiający mógł zastosować rozwiązanie rozszerzenia wyjaśnień w zakresie podstaw prawnych i faktycznych oraz udostępnienia stosownych dokumentów poprzez przeniesienie ich na swoją stronę internetową, jak to zrobił tytułem przykładu zamawiający – Gmina Świebodzin (<https://ezamowienia.gov.pl/mo-client-board/bzp/notice-details/id/08dcee94-0390-b401-1a9f-3e0001b7a8b3>).
11. W kwestii niespełnienia przesłanki sprawowania kontroli nad osobą prawną, której zamawiający zamierza powierzyć realizację zamówienia Odwołujący powołuje się na wyrok KIO z dnia 4 października 2019 r. sygn. akt: KIO 1842/19 gdzie Izba wskazuje, że: "Uwzględniając dorobek orzecniczy Trybunału Sprawiedliwości, w doktrynie wskazuje się, że dominujący wpływ na cele strategiczne powinien być rozumiany jako skupienie po stronie zamawiającego wykonującego kontrolę nad daną osobą prawną kompetencji w zakresie wyznaczania celów, do których realizacji została powołana dana osoba prawna, czy też modyfikacji tych celów. Dominujący wpływ na cele strategiczne to także możliwość wiążącego powierzenia danej osobie prawnej realizacji zadania publicznego, do którego realizacji obowiązany jest zamawiający i w celu realizacji którego powołał do życia daną osobę prawną.

W tym kontekście wpływ na cele strategiczne nie powinien być rozumiany jako formalny brak autonomii woli po stronie kontrolowanej osoby prawnej, lecz jako możliwość oddziaływania poprzez działania faktyczne i prawne na realizację powierzonych zadań. Przejawem dominującego wpływu na cele strategiczne będzie konieczność uzgadniania (w ramach ładu korporacyjnego lub w związku z narzuconymi postanowieniami umownymi) kluczowych działań inwestycyjnych i rozwojowych. Z kolei wpływ na istotne decyzje dotyczące zarządzania sprawami osoby prawnej to konieczność uzgadniania (w tym także w postaci zgód korporacyjnych) czynności doniosłych (istotnych) z uwagi na skalę prowadzonej działalności oraz brak autonomicznych uprawnień organu zarządzającego danej osoby prawnej gwarantujących jej daleko posuniętą niezależność decyzyjną (por. J. Jerzykowski (w:) W. Dzierżanowski, J. Jerzykowski, M. Stachowiak "Prawo zamówień publicznych. Komentarz" wyd. VII, WKP 2018). "Z powyższego Odwołujący wnioskuję, że dla spełnienia w/w przesłanki nie jest wystarczająca przywołana w uzasadnieniu ogłoszenia informacja, że Zamawiający posiada 100% udziałów w tejże spółce. Także analiza dostępnego przez system PRS (<https://prs.ms.gov.pl/krs>) aktu założycielskiego spółki (w załączeniu) wskazuje, że poza standardowymi uprawnieniami właścicielskimi wynikającymi z kodeksu spółek handlowych, Zamawiający nie zagwarantował sobie uprawnień pozwalających wpływać mu na cele strategiczne oraz istotne decyzje dotyczące zarządzania sprawami tej osoby prawnej.

Z uwagi na powyższe okoliczności i zaprezentowaną argumentację odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Załączniki:

- pełnomocnictwo wraz opłatą skarbową
- informacja z KRS Odwołującego,
- dowód uiszczenia wpisu od odwołania
- potwierdzenie przekazania odwołania do Zamawiającego
- ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy
- wniosek o udostępnienie dokumentów
- odpowiedź na wniosek o udostępnienie dokumentów
- akt założycielski PGK