



Elk, 21 grudnia 2021 r.

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

Odwołujący: KOMA Elk Sp. z o.o.
KRS 0000667940
Ul. Krzemowa 8B, 19-300 Elk
Tel. 533534055
adres poczty elektronicznej: zamowienia@koma.pl
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: Gmina Rajgród
ul. Warszawska 32 19-206 Rajgród
numer telefonu: 862721940
adres poczty elektronicznej: gmina@umrajgrad.pl

Przedmiot zamówienia: Odbiór i transport odpadów komunalnych z terenu Gminy Rajgród od 01 stycznia 2022 r. do 31 grudnia 2022 r. **Numer referencyjny:** ZPI.271.18.2021

Publikacja ogłoszenia: Ogłoszenie nr 2021/BZP 00321152/01 z dnia 2021-12-17

ODWOŁANIE

W imieniu KOMA Elk 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 - Dz.U. 2021 r. poz. 1129 (zwanej dalej: „**PZP**”) wnoszę odwołanie od wyboru przez Gminę Rajgród (zwaną dalej „**Zamawiającym**”) trybu z wolnej ręki do zamówienia Odbiór i transport odpadów komunalnych z terenu Gminy Rajgród od 01 stycznia 2022 r. do 31 grudnia 2022 r. (zwanego dalej „**Postępowaniem**”).

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

- 1) art. 214 ust. 1 pkt 13 lit a i b PZP w związku art. 305 pkt 1 PZP oraz art. 216 ust. 1 PZP oraz ust. 4 pkt 2 Załącznika nr 2 do Rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie ogłoszeń zamieszczanych w Biuletynie Zamówień

Publicznych (Dz. U. poz. 2439) poprzez przez niewyczerpujące uzasadnienie prawne i faktyczne wyboru trybu udzielenia zamówienia publicznego w Ogłoszeniu o zamiarze zawarcia umowy, polegające w szczególności na nie wyjaśnieniu przesłanek udzielenia zamówienia z wolnej ręki (w tzw. trybie „in house”) z art. 214 ust. 1 pkt 13 PZP, które muszą wystąpić łącznie aby możliwe było zastosowanie tego trybu

- 2) art. 214 ust. 1 pkt 13 lit a w związku z art. 305 pkt 1 PZP, poprzez zamierzenie udzielenia zamówienia podmiotowi, nad którymi zamawiający nie sprawuje kontroli (także wspólnie z innymi zamawiającymi) w rozumieniu art. 214 ust. 1 pkt 13 lit a PZP,
- 3) art. 214 ust. 1 pkt 13 lit b PZP oraz art. 214 ust. 6 PZP w związku z art. 305 pkt 1 PZP poprzez zaniechanie sporządzenia wiarygodnej prognozy handlowej wykazującej, że ponad 90% przychodów spółki będzie pochodziło z zadań powierzonych jej przez zamawiających, względnie nie przedstawienie jej w ogłoszeniu o zamiarze zawarcia umowy,
- 4) art. 214 ust. 1 pkt 13 PZP w związku z art. 305 pkt 1 PZP poprzez zamierzenie udzielenia zamówienia spółce w organizacji, która nie jest osobą prawną,

Wnoszę o zobowiązanie Zamawiającego do złożenia do akt sprawy umowy spółki/aktu założycielskiego spółki BiomTrans Sp. z o.o.

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 obciążone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego polegającą na wszczęciu postępowania w trybie z wolnej ręki (niekonkurencyjnym);
- 3) obciążenie Zamawiającego w całości kosztami postępowania odwoławczego, w tym kosztami zastępstwa prawnego.

Interes w uzyskaniu zamówienia i szkoda

Odwołujący jest wykonawcą, prowadzącym działalność w zakresie gospodarki odpadowej, obecnie realizującym zamówienie polegające na odbiorze odpadów komunalnych z terenów Gminy Rajgród wybranym w trybie konkurencyjnym (przetargu nieograniczony), które to zamówienie kończy się z dniem 31.12.2021 r. Zamawiający zamierza zlecić na kolejny okres 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.

UZASADNIENIE

1. Stan faktyczny.

Zamawiający w dniu 17.12.2021 r. zamieścił w BZP ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy na Odbiór i transport odpadów komunalnych z terenu Gminy Rajgród od 01 stycznia 2022 r. do 31 grudnia 2022 r.

Zamawiający w Ogłoszenie nr 2021/BZP 00321152/01 z dnia 2021-12-17 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. 305 pkt 1 ustawy w zw. z art. 214 ust. 1 pkt 13 ustawy

4.2.) Uzasadnienie faktyczne i prawne wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia albo zamówienia

z wolnej ręki:

Zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 13 osobie prawnej jeżeli spełnione są łącznie określone w art. przesłanki. Zamawiający może na podstawie tego przepisu udzielić zamówienia z wolnej ręki, jeśli tylko udziela go osobie prawnej zależnej od zamawiających, wśród których występuje, którzy wspólnie go kontrolują. Gmina Knyszyn jest jednostką sektora finansów publicznych. Posiada udziały w spółce BiomTrans Sp. z o.o. w organizacji wspólnie z innymi zamawiającymi – łącznie 14 gmin posiadają 100 % udziałów w spółce. Wspólnie z innymi zamawiającymi tworzą Zgromadzenie Wspólników, które sprawuje nad spółką BiomTrans sp. z o.o. w organizacji kontrolę, która odpowiada kontroli sprawowanej przez nich nad własnymi jednostkami. cd w informacjach dodatkowych

Zaś w sekcji VI Informacje dodatkowe podał także, że:

„Zamawiający mogą wspólnie wywierać dominujący wpływ na cele strategiczne, co wynika z aktu założycielskiego spółki, gdzie wskazano że do wyłącznej właściwości Zgromadzenia Wspólników należy m.in. rozpatrywanie i zatwierdzanie sprawozdań z działalności, zatwierdzanie kierunków rozwoju Spółki i planów jej działalności gospodarczej, podział zysków i podejmowanie uchwał o pokryciu strat. Zgromadzenie Wspólników powołuje pozostałe władze spółki, tj. Radę Nadzorczą i Zarząd. Spółka BiomTrans sp. z o.o. w organizacji nie działa w interesie sprzecznym z interesami zamawiających sprawujących nad nią kontrolę. Spółka BiomTrans sp. z o.o. w organizacji została powołana do realizacji zadań 14 gmin założycielskich, głównym celem jej działalności jest zaspokajanie potrzeb mieszkańców w zakresie zadań własnych gmin, związanych z gospodarką odpadami poprzez świadczenie usług o charakterze użyteczności publicznej. Ze względu na dzień rozpoczęcia jej działalności gospodarczej, na podstawie prognoz handlowych ustalono, iż 100 % działalności Spółki dotyczyć będzie zadań powierzonych jej przez Zamawiającego, tj. odbioru i transportu odpadów – Kalkulacja Kosztów i Przychodów BiomTrans sp. z o.o. w roku 2022, pkt II.1. W spółce BiomTrans sp. z o.o. w organizacji nie ma bezpośredniego udziału kapitału prywatnego, 100 % udziałów należy do gmin. Wszystkie przesłanki wskazane w art. 214 ust. 1 pkt 13 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych zostały zatem spełnione.”

2. Uzasadnienie zarzutów.

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 13 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 wspólnie z innymi zamawiającymi, o których mowa w art. 4 i art. 5 ust. 1 pkt 1, sprawuje nad daną osobą prawną kontrolę, która odpowiada kontroli sprawowanej przez nich nad własnymi jednostkami, przy czym wspólne sprawowanie kontroli ma miejsce, jeżeli spełnione są łącznie następujące warunki:

– w skład organów decyzyjnych kontrolowanej osoby prawnej wchodzi przedstawiciele wszystkich uczestniczących zamawiających, z zastrzeżeniem, że poszczególny przedstawiciel może reprezentować więcej niż jednego zamawiającego,

– uczestniczący zamawiający mogą wspólnie wywierać dominujący wpływ na cele strategiczne oraz istotne decyzje kontrolowanej osoby prawnej,

– kontrolowana osoba prawna nie działa w interesie sprzecznym z interesami zamawiających sprawujących nad nią kontrolę,

b) ponad 90% działalności kontrolowanej osoby prawnej dotyczy wykonywania zadań powierzonych jej przez zamawiających sprawujących nad nią kontrolę lub przez inne osoby prawne kontrolowane przez tych zamawiających,

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 przystępując do uzasadnienia faktycznego i prawnego wybranego trybu (określonego w art. 214 ust. 1 pkt 13 PZP) w zasadzie opisał jedynie, że wspólnie

z innymi samorządami zawiązał spółkę BiomTrans Sp. o.o. przedstawił jej przedmiot działalności i poinformował, że nie ma w spółce bezpośredniego udziału kapitału prywatnego. Treść tej części ogłoszenia, nie wyjaśnia (nie uzasadnia) trybu z wolnej ręki, który obrał zamawiający gdyż w ogóle nie odnosi się do przesłanek z art. 214 ust. 1 pkt 13 (z wyjątkiem przesłanki braku zaangażowania kapitału prywatnego). Tym samym zamawiający dopuścił się oczywistego naruszenia obowiązku ogłoszeniowego wynikającego 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. Jednocześnie zamawiający w związku z tym że BiomTrans Sp. z o.o. to nowoutworzony podmiot, zobowiązany był do wykonania prognoz o których mowa w art. 214 ust 6 PZP. Odwołujący wniosku, że skoro w treści ogłoszenia zamawiający nie załączył prognozy a nawet przywołał jej istotnych elementów w treści ogłoszenia wysoce prawdopodobne, że taka prognoza w ogóle nie powstała.

W kwestii zaś przesłanki sprawowania kontroli nad podmiotem, któremu 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.

Uzasadniając zarzut dotyczący zamiaru udzielenia zamówienia publicznego podmiotowi, który nie jest osobą prawną wskazuje, że:

- 1) zamawiający zamierza udzielić zamówienia – BiomTrans Sp. z o.o. w organizacji,
- 2) zgodnie z wprowadzeniem do wyliczenia zawartym w art. 214 ust. 1 pkt 13 PZP: „13) 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: (...)”
- 3) zgodnie z art. 12 Ustawy z dnia 15 września 2000 r. Kodeks spółek handlowych (t.j. Dz. U. z 2020 r. poz. 1526 z późn. zm.). Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w organizacji,

(...) z chwilą wpisu do rejestru staje się spółką z ograniczoną odpowiedzialnością, prostą spółką akcyjną albo spółką akcyjną i uzyskuje osobowość prawną(...)”

Spółka z o.o. w organizacji to etap przejściowy pomiędzy zawarciem umowy spółki a wpisaniem spółki do KRS. Spółka z o.o. w organizacji ma status ułomnej osoby prawnej. Nie jest ani osobą fizyczną, ani osobą prawną. Z powyższego zatem wynika, że zamawiający zamierza udzielić zamówienia publicznego podmiotowi który nie jest osobą prawną co stoi w oczywistej sprzeczności z wprowadzeniem do wyliczenia zawartym w art. 214 ust. 1 pkt 13 PZP:

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 w BZP