

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 poz. 2019 z późn. zm.) – dalej: „ustawa Pzp”:

1. Art. 216 ust. 1 ustawy Pzp poprzez brak zamieszczenia w ogłoszeniu o zamiarze zawarcia umowy uzasadnienia faktycznego zastosowania trybu z wolnej ręki na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 11) ustawy Pzp;
2. Art 214 ust. 1 pkt 11) w zw. z art. 16 pkt 3) ustawy Pzp poprzez bezpodstawne zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki, w sytuacji w której przedmiotem udzielanego zamówienia są usługi, które zapewniane są na rynku przez wielu konkurencyjnych wykonawców, na odpowiednim poziomie cenowym, jakościowym, bezpieczeństwa, powszechnej dostępności oraz równego traktowania ich odbiorców, nie gorszym od poziomu deklarowanego przez MPO sp. z o.o.;
3. Art. 16 pkt 3) w zw. z art. 17 ust. 1 ustawy Pzp poprzez naruszenie zasady proporcjonalności wskutek wyboru trybu (wolna ręka na podstawie przesłanki z art. 214 ust. 1 pkt 11), który jest nieadekwatny do zrealizowania obiektywnie określonych celów zamówienia publicznego, a także, który nie zapewnia najlepszej jakości usług oraz najlepszych efektów zamówienia;
4. Art. 214 ust. 1 pkt 11) w zw. z art. 214 ust. 5 ustawy Pzp poprzez bezpodstawne zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki, w sytuacji w której nie została spełniona przesłanka, zgodnie z którą ponad 90% średniego przychodu wykonawcy za 3 lata poprzedzające udzielenie zamówienia ma dotyczyć wykonywania zadań powierzonych przez zamawiającego.

Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- unieważnienia postępowania.

W oparciu o art. 267 TFUE wnoszę o skierowanie do Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej przez skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej następującego pytania prejudycjalnego:

- *„Czy art. 12 ust. 1 dyrektywy 2014/24/UE należy interpretować w ten sposób, że dopuszcza on wyłączenie stosowania przepisów o zamówieniach publicznych, jak również dopuszcza udzielenie zamówienia w trybie procedury negocjacyjnej bez uprzedniej publikacji ogłoszenia w stosunku do zamówienia publicznego o dowolnym przedmiocie, niezależnie od tego, czy usługi, dostawy, roboty budowlane będące jego przedmiotem są zapewniane na rynku właściwym przez wielu wykonawców, nie tylko przez wybranego, po cenach i na poziomie spełniającym wymagania instytucji zamawiającej?”*

Uzasadnienie

I.

Odwołujący, jako wykonawca świadczący na rynku warszawskim usługi objęte przedmiotem zamówienia oraz posiadający ku temu stosowne zezwolenia, posiada interes w uzyskaniu zamówienia będącego jego przedmiotem. Uniemożliwienie Odwołującemu ubiegania się o realizację tych usług poprzez zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki, a w konsekwencji uniemożliwienie uzyskania mu przychodu z ich realizacji, osłabia jego pozycję konkurencyjną i prowadzi do możliwości powstania

szkody majątkowej po jego stronie. W tych okolicznościach skorzystanie z prawa wniesienia niniejszego odwołania jest konieczne i uzasadnione.

II.

Zrzut nr 1

Stosownie do treści art. 216 ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający zobowiązany jest do zamieszczenia w Biuletynie Zamówień Publicznych ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy, przed udzieleniem zamówienia m.in. na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 11) ustawy Pzp, na zasadach określonych w dziale III rozdziale 2.

Stosownie do art. 272 ustawy Pzp zakres informacji zawartych w ww. ogłoszeniu określa rozporządzenie Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii w sprawie ogłoszeń zamieszczanych w Biuletynie zamówień publicznych z dnia 23 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2439). Zgodnie z jego treścią, (załącznik nr 2) jedną z wymaganych informacji w treści ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy jest uzasadnienie faktyczne i prawne wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki.

Odwołujący stwierdza, że treść ogłoszenia opublikowanego przez Zamawiającego nie spełnia wymogu przedstawienia właściwego i wyczerpującego uzasadnienia faktycznego zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki. Brak jest w treści opublikowanego ogłoszenia uzasadnienia faktycznego dla wystąpienia przesłanki z lit. b) art. 214 ust. 1 pkt 11) ustawy Pzp w zw. z art. 214 ust. 5 ustawy Pzp, która wymaga, aby ponad 90% działalności kontrolowanej osoby prawnej (wykonawcy) tj. jej 90% średniego przychodu za 3 lata poprzedzające udzielenie zamówienia, dotyczyło wykonywania zadań powierzonych jej przez zamawiającego sprawującego kontrolę.

Należy zauważyć, że w odniesieniu do w przesłanki zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki, w sekcji VI ogłoszenia Zamawiający umieścił jedynie następującą, lakoniczną informację:

- *„Analiza spełnienia przez MPO warunku, o którym mowa w art. 214 ust. 1 pkt 11 lit. b ustawy Prawo zamówień publicznych wykazała, że w latach 2019 – 2021 ponad 90% działalności wykonywanej przez MPO dotyczyło zadań powierzonych przez Miasto.”*

Z powyższego wynika, że uzasadnienie faktyczne zaistnienia przedmiotowej przesłanki Zamawiający ograniczył jedynie do podania ogólnego oświadczenia o jej spełnieniu. Zamawiający nawet nie podał w tym zakresie informacji korespondującej z treścią art. 214 ust. 5 ustawy Pzp, który precyzuje, że do obliczania procentu działalności, o którym mowa w ust. 1 pkt 11 lit. b, uwzględnia się średni przychód osiągnięty przez wykonawcę. W zasadzie zatem w ogłoszeniu brak jest nawet oświadczenia o uzyskaniu przychodu w wysokości wymaganej w art. 214 ust. 5 ustawy Pzp.

Powyższe niewątpliwie nie realizuje wymogu ustawowego przedstawienia uzasadnienia faktycznego spełnienia przesłanki. W zasadzie, Zamawiający zacytował w tym miejscu jedynie treść art. 214 ust. 1 pkt 11) lit. b) ustawy Pzp, co realizuje, co najwyżej wymóg podania uzasadnienia prawnego zastosowania trybu, a nie uzasadnienia faktycznego w tym zakresie.

Brak przedstawienia w ogłoszeniu uzasadnienia faktycznego spełnienia przesłanek zastosowanego przez Zamawiającego trybu zamówienia z wolnej ręki pozbawia Odwołującego podstawowego prawa przewidzianego w przepisach ustawy Pzp w tym zakresie tj. umożliwienia mu weryfikacji prawidłowości decyzji Zamawiającego o zastosowaniu szczególnego trybu jakim jest zamówienie z wolnej ręki.

1)

Jak wynika z art. 214 ust. 1 pkt 11) lit. b) w zw. z art. 214 ust. 5 ustawy Pzp przesłanką zastosowania trybu z wolnej ręki jest wykazanie uzyskania w okresie ostatnich 3 lat poprzedzających udzielenie zamówienia przychodu z działalności powierzonej przez Zamawiającego.

Uwzględniając wymóg podania w ogłoszeniu uzasadnienia faktycznego spełnienia ww. przesłanki, obowiązkiem Zamawiającego było m.in. wskazanie w ogłoszeniu jakie były ogólne roczne przychody MPO sp. z o.o. z lat 2019-2021 oraz jakie były w tym okresie przychody tego podmiotu z realizacji zadań powierzonych w rozumieniu art. 214 ust. 1 pkt 11) lit. b) ustawy Pzp, zleconych przez Zamawiającego. Brak podania informacji w tym zakresie uniemożliwia wykazanie zaistnienia przesłanki dotyczącej „ponad 90% przychodów”. Obowiązkiem Zamawiającego było ponadto wskazanie dokumentów w oparciu o które dane w tym zakresie zostały podane oraz umożliwienie Odwołującemu uzyskania do nich wglądu.

2)

Jak już wskazano powyżej, z treści art. 214 ust. 1 pkt 11) lit. b) ustawy Pzp wynika, że przedmiotem udzielanego w tym trybie zamówienia mogą być wyłącznie zadania powierzone przez Zamawiającego. Równocześnie z ww. przepisu wynika, że poziom „ponad 90% przychodów” ma być osiągnięty właśnie z wykonywania zadań powierzonych przez Zamawiającego, a nie jakichkolwiek zadań realizowanych przez wykonawcę na rzecz Zamawiającego.

W wyroku z dnia 04.10.2019 r. sygn. akt KIO 1842/19 Izba dokonała interpretacji przesłanki dotyczącej „ponad 90% działalności kontrolowanej osoby prawnej” i wskazała:

- *„Istotne jest, aby działalność kontrolowanej osoby prawnej była działalnością ściśle związaną z konkretnym poleceniem zamawiającego, który tę osobę kontroluje i nie miała charakteru komercyjnego.”*

Do wyliczenia poziomu „ponad 90% przychodów” nie można zatem wliczać przychodów uzyskanych z działalności mającej komercyjny charakter.

Wskazać należy ponadto, że do wymaganego poziomu „ponad 90% przychodów” można wliczać wyłącznie działalność samodzielnie wykonywaną przez wykonawcę. Przychody z działalności, w której wykonawca jest jedynie pośrednikiem, a faktyczne wykonanie danych usług zleca podmiotom trzecim, nie mogą być wliczane do poziomu „90 działalności powierzonej”.

Uwzględniając powyższe, w celu wykazania zaistnienia przesłanki z art. 214 ust. 1 pkt 11) lit. b) ustawy Pzp, obowiązkiem Zamawiającego było wskazanie jaki konkretnie rodzaj działalności, spośród szeregu realizowanych przez MPO sp. z o.o., został uwzględniony przy wyliczeniu wymaganego poziomu „90%”. Brak informacji w ogłoszeniu w tym zakresie również uniemożliwia Odwołującemu dokonania weryfikacji prawidłowości działań Zamawiającego w zakresie wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki.

W powyższym kontekście wymaga podkreślenia, że MPO sp. z o.o. nie prowadzi wyłącznie działalności w zakresie objętym przedmiotem zamówienia (odbiór odpadów od mieszkańców), ale również inną działalność, która nie stanowi działalności powierzonej w rozumieniu art. 214 ust. 1 pkt 11) lit. b) ustawy Pzp. Przykładem takiej działalności jest zagospodarowanie odpadów, które wprawdzie realizowane jest przez MPO sp. z o.o. na zlecenie Zamawiającego, ale co najmniej 85% tej działalności zlecane jest przez MPO sp. z o.o. innym wykonawcom w trybie konkurencyjnym. Przychody z zagospodarowania tej części odpadów nie mogą być brane pod uwagę przy wyliczeniu poziomu „90%

przychodów”, nie stanowią one bowiem działalności powierzonej w rozumieniu art. 214 ust. 1 pkt 11) lit. b) ustawy Pzp.

W kontekście wskazanej wyżej okoliczności, że do wyliczenia poziomu „ponad 90% przychodów” nie można wliczać przychodów uzyskanych z działalności mającej komercyjny charakter Odwołujący zauważa równocześnie, że dotychczasowe przychody MPO sp. z o.o. z tytułu świadczenia na rzecz Zamawiającego odbioru odpadów od mieszkańców były w dużym zakresie efektem wygranych przetargów. Dochody w tym zakresie, jako mające komercyjny charakter, również nie powinny być brane pod uwagę przy wyliczeniu wymaganego poziomu „ponad 90% przychodów”.

Uwzględniając wskazane powyżej rozumienie przesłanek zastosowania trybu z wolnej ręki na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 11) ustawy Pzp, Odwołujący stwierdza, że brak sprecyzowania w ogłoszeniu wysokości, rodzaju i charakteru przychodów uniemożliwia przyjęcie, że przesłanka przedstawienia uzasadnienia faktycznego zastosowania trybu została spełniona.

3)

Powołując się na uzasadnienie zawarte w odniesieniu do zarzutu nr 2 niniejszego odwołania Odwołujący podnosi, że przedmiotem zamówień udzielanych z wyłączeniem podstawowych reguł konkurencji, na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 11) ustawy Pzp, nie mogą być dowolne zamówienia, ale wyłącznie szczególnego rodzaju zamówienia, które bez interwencji zamawiającego i zaangażowania jego własnych zasobów, nie mogłyby być świadczone na odpowiednim poziomie cenowym, jakościowym, bezpieczeństwa, powszechnej dostępności oraz równego traktowania ich odbiorców.

Wykazanie, że przedmiotem udzielanego w trybie z wolnej ręki zamówienia jest wskazany wyżej rodzaj usług należy do obowiązków Zamawiającego, który uzasadnienie w tym zakresie winien przedstawić w treści obligatoryjnego ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy.

Jak wynika z treści opublikowanego przez Zamawiającego ogłoszenia brak jest w jego treści jakiegokolwiek uzasadnienia, które potwierdzałoby, że odbiór odpadów od mieszkańców Warszawy stanowi tzw. usługę świadczoną w ogólnym interesie gospodarczym, która bez interwencji zamawiającego nie mogłaby być świadczona na odpowiednim poziomie cenowym, jakościowym, bezpieczeństwa, powszechnej dostępności oraz równego traktowania ich odbiorców.

Zarzut nr 2

Odwołujący podnosi, że organy stosujące przepisy prawa krajowego w zakresie zamówień publicznych zobowiązane są do stosowania przy interpretacji tych przepisów wykładni pronunijnej tj. w sposób gwarantujący osiągnięcie celów, które wyznaczają przepisy dyrektywy 2014/24/UE.

1)

Zamówienia in-house (zamówienia udzielane podmiotom prawa prywatnego lub publicznego) regulowane są w art. 12 ust. 1 dyrektywy 2014/24/UE.

Wymaga zauważenia, że polski ustawodawca nie wyłączył stosowania ww. rodzaju zamówień przepisów ustawy Pzp, na co nawet zezwalałby art. 12 ust. 1 dyrektywy 2014/24/UE, ale zdecydował, że mogą być one udzielane w trybie z wolnej ręki.

W przepisach dyrektywy 2014/24/UE określających przesłanki zastosowania procedury negocjacyjnej bez uprzedniej publikacji brak jest natomiast przesłanki zezwalającej na zastosowanie takiego trybu

w odniesieniu do zamówień in-house. Oznacza to zatem, że faktyczną podstawą wyłączenia w art. 214 ust. 1 pkt 11) ustawy Pzp podstawowych reguł konkurencji przy udzielaniu zamówień in-house może być tylko art. 12 ust. 1 dyrektywy 2014/24/UE i w świetle jego treści musi dochodzić do wykładni pronijnej art. 214 ust. 1 pkt 11) ustawy Pzp.

Art. 12 ust. 1 dyrektywy 2014/24/UE realizuje cel wyznaczony w pkt 6 preambuły dyrektywy 2014/24/UE oraz jej art. 1 ust. 4. Obie te regulacje przesądzają, że przedmiotem zamówień in-house mogą być wyłącznie usługi, o których mowa w art. 1 ust. 4 dyrektywy tj. usługi świadczone w ogólnym interesie gospodarczym (Services of General Economic Interest, dalej: „SGEI” lub „UOIG”).

Definicję SGEI znajdziemy w Komunikacie Komisji do Parlamentu Europejskiego, Rady, Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego i Komitetu Regionów z 2011 r. (ramy jakości dotyczące usług świadczonych w interesie ogólnym, 20.12.2011 r. KOM(2011) 900, wersja ostateczna). Na stronie 4 ww. komunikatu wskazano, że

- *„UOIG to sektor działalności gospodarczej, który oferuje **usługi w ogólnym interesie publicznym, które nie byłyby świadczone (lub byłyby świadczone na innych warunkach, jeżeli chodzi o jakość, bezpieczeństwo, przystępność cenową, równe traktowanie czy powszechny dostęp) na rynku bez interwencji publicznej.** Obowiązek użyteczności publicznej nakłada się na usługodawcę poprzez powierzenie mu świadczenia danej usługi na podstawie kryterium interesu ogólnego, co gwarantuje, że zadanie usługi będzie wypełnione.”*

W komentarzu dr. Jakuba Pawelca do art. 12 dyrektywy 2014/24/UE (C.H. Beck 2017) wskazano:

- *„państwa członkowskie dysponują dużą swobodą w określaniu zakresu SGEI. Nie jest to jednak dowolność absolutna. Komisja Europejska wskazuje, że w przypadku, jeżeli usługi są zapewniane na wolnym rynku po cenach i na poziomie wymaganym przez państwo, wówczas nie powinna taka usługa być klasyfikowana jako SGEI”;*
- *„Zasadność przeprowadzenia procedury przetargowej powstaje np. wówczas, gdy na rynku działa wiele podmiotów świadczących określone usługi. W takiej sytuacji argumentem przemawiającym za stosowaniem procedur określonych na podstawie dyrektywy są względy zachowania uczciwej konkurencji oraz kwestie ekonomiczne (uzyskanie najlepszej ceny za usługę).”*

Uwzględniając powyższe Odwołujący stwierdza, że przedmiotem zamówień udzielanych z wyłączeniem podstawowych reguł konkurencji, na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 11) ustawy Pzp, mogą być wyłącznie szczególnego rodzaju zamówienia, które bez interwencji zamawiającego nie mogłyby być świadczone na odpowiednim poziomie cenowym, jakościowym, bezpieczeństwa, powszechnej dostępności oraz równego traktowania ich odbiorców.

2)

Odwołujący stwierdza, że usługi będące przedmiotem zamówienia (odbiór odpadów komunalnych z dzielnic m.st. Warszawy) nie stanowią usług świadczonych w ogólnym interesie gospodarczym, a zatem nie mogą być udzielone w trybie zamówienia z wolnej ręki w oparciu art. 214 ust. 1 pkt 11) ustawy Pzp. Usługi te, uwzględniając rynek warszawski, co potwierdza analiza rynku właściwego, mogą być bowiem świadczone przez wielu konkurencyjnych wykonawców, w tym Odwołującego, na odpowiednim poziomie cenowym, jakościowym, bezpieczeństwa, powszechnej dostępności oraz równego traktowania ich odbiorców. Wniosek ten znajduje potwierdzenie w: analizie dotychczas

prowadzonych przez Zamawiającego postępowań o udzielenie zamówienia publicznego na odbiór odpadów od mieszkańców Warszawy; sytuacji panującej na przedmiotowym rynku, gdzie istnieje bardzo duża ilość wykonawców mogących wykonać przedmiotowe zamówienia; sytuacji ekonomicznej i zdolności zawodowej MPO sp. z o.o.; analizie zamówień dotychczas wykonywanych przez MPO sp. z o.o. na rzecz Zamawiającego.

Wymaga podkreślenia, że dotychczas MPO sp. z o.o. świadczyła przedmiotowe usługi na rzecz Zamawiającego na zasadach komercyjnych, starując obok innych wykonawców, w tym Odwołującego, według tożsamy dla wszystkich reguł, w postępowaniach przetargowych. W postępowaniach tych MPO sp. z o.o. nie zawsze składało najkorzystniejszej oferty, nie tylko cenowo, ale i jakościowo. Każde z wymagań Zamawiającego zawartych w opisie przedmiotu zamówienia, czy postanowieniach umowy było akceptowalne przez wykonawców działających na rynku, w tym przez Odwołującego.

Sytuacja w której obecnie, przy tak konkurencyjnym rynku odbioru odpadów komunalnych w mieście Warszawa, gdzie wykonawcy poczynili i czynią znaczące nakłady w celu prowadzenia działalności objętej przedmiotem zamówienia, Zamawiający wyłącza konkurencję dla tak znacznego zakresu usług, winna być traktowana jako złamanie podstawowych zasad konkurencji, a wręcz działanie na szkodę przedsiębiorców działających na tym rynku.

Wymaga podkreślenia, że wyłączenie odbioru odpadów komunalnych od mieszkańców na terenie miasta Warszawy z reguł konkurencji i utworzenie w tym zakresie monopolu jednego wykonawcy oznacza w zasadzie, że w przyszłości konieczna stanie się rezygnacja z prowadzenia działalności w tym zakresie, a co najmniej ograniczenie tej działalności do minimum.

3)

W przypadku uznania przez skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, że treść art 214 ust. 1 pkt 11) ustawy Pzp jest niejednoznaczna i nie jest możliwe na jego podstawie jednoznaczne ustalenie, że przedmiotem zamówień zleczanych w tym trybie nie mogą być dowolne usługi, dostawy, roboty budowlane, a jedynie tzw. usługi SGEI, spełniające określone wymagania, Odwołujący wnosi o skierowanie przedstawionego przez Odwołującego pytania do Trybunału Sprawiedliwości UE.

Zarzut nr 3

Jak wskazano w uzasadnieniu do zarzutu nr 1 ustawodawca krajowy nie zdecydował się wyłączyć zamówień in-house ze stosowania przepisów ustawy Pzp. Przewidział natomiast możliwość udzielenia ich w trybie z wolnej ręki. Do tego rodzaju zamówień mają zatem zastosowanie przepisy ustawy Pzp, a zatem ich udzielenie winno być zgodne z szeregiem wymagań ustawy Pzp.

1)

Jednym z przepisów, które mają zastosowanie przy udzielaniu zamówienia w trybie z wolnej ręki jest art. 16 pkt 3) ustawy Pzp. Ustanawia on zasadę proporcjonalności wskazując, że zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie w sposób proporcjonalny.

W wyroku TSUE z 28.2.2018 r. w sprawach połączonych [C-523/16](#), C-536/16, *MA.T.I. SUD SpA v. Centostazioni SpA i Duemme SGR SpA przeciwko Associazione Cassa Nazionale di Previdenza e Assistenza in favore dei Ragionieri e Periti Commerciali (CNPR)* (EU:C:2018:122) Trybunał wskazał (pkt 53):

- „[...] zgodnie z zasadą proporcjonalności, która stanowi ogólną zasadę prawa Unii i w poszanowaniu której powinny być udzielane zamówienia w państwach członkowskich, jak wynika to zarówno z motywu 9 dyrektywy 2004/17, jak i z motywu 2 dyrektywy 2004/18, **środki przyjęte przez państwa członkowskie nie powinny wykraczać poza to, co jest niezbędne dla osiągnięcia tego celu** (zob. podobnie wyroki: z dnia 16 grudnia 2008 r., *Michaniki*, C-213/07, EU:C:2008:731, pkt 48, 61; z dnia 19 maja 2009 r., *Assitur*, C-538/07, EU:C:2009:317, pkt 21, 23; z dnia 23 grudnia 2009 r., *Serrantoni i Consorzio stabile edili*, C-376/08, EU:C:2009:808, pkt 33; z dnia 22 października 2015 r., *Impresa Edilux i SICEF*, C-425/14, EU:C:2015:721, pkt 29).”

Odwołujący podkreśla, że celem regulacji art. 214 ust. 1 pkt 11) ustawy Pzp nie jest danie zamawiającym całkowitej swobody w wyborze trybu przy udzielaniu jakichkolwiek zamówień spełniających przesłanki określone w lit. a)-c) tego przepisu. Celem tego przepisu jest natomiast umożliwienie zamawiającym zlecenia wykonania usług świadczonych w ogólnym interesie gospodarczym (SGEI) przy wykorzystaniu własnych zasobów. Istnieją bowiem przypadki, gdzie bez zaangażowania zasobów własnych zamawiającego nie zostaną zrealizowane obiektywnie określone cele zamówienia.

Jak wskazano w uzasadnieniu zarzutu nr 2, sprzeczne z celem regulacji art. 12 ust. 1 dyrektywy 2014/24/UE jest zlecenie bez przetargu wykonania usług, które zapewniane są na rynku przez wielu konkurencyjnych wykonawców, na odpowiednim poziomie cenowym, jakościowym, bezpieczeństwa, powszechnej dostępności oraz równego traktowania ich odbiorców. Niezależnie zatem od okoliczności, że takie usługi nie mogą być przedmiotem zamówień in-house, to również zlecenie ich w trybie z wolnej ręki narusza zasadę proporcjonalności. Zastosowanie tego trybu przez Zamawiającego nie realizuje bowiem celu dla którego tryb ten został przewidziany. Skutkiem zastosowania tego trybu może być natomiast doprowadzenie do upadłości szeregu przedsiębiorców i ustanowienie na ogromnym rynku warszawskim monopolu jednego przedsiębiorcy. Taki skutek nie może być zaakceptowany w świetle celów dla których uchwalone zostały przepisy dotyczące zamówień publicznych.

2)

Odwołujący podnosi ponadto, że w odniesieniu do zamówienia udzielanego na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 11) ustawy Pzp znajduje również zastosowanie art. 17 ust. 1 ustawy Pzp, który stanowi, że zamawiający udziela zamówienia w sposób zapewniający:

- najlepszą jakość dostaw, usług, oraz robót budowlanych, uzasadnioną charakterem zamówienia, w ramach środków, które zamawiający może przeznaczyć na jego realizację, oraz
- uzyskanie najlepszych efektów zamówienia, w tym efektów społecznych, środowiskowych oraz gospodarczych, o ile którykolwiek z tych efektów jest możliwy do uzyskania w danym zamówieniu, w stosunku do poniesionych nakładów.

Mając na uwadze wskazaną wyżej regulację Odwołujący stwierdza, że decyzja o zastosowaniu trybu zamówienia z wolnej ręki i udzieleniu zamówienia MPO sp. z o.o. nie zapewnia najlepszej jakości usług oraz najlepszych efektów zamówienia. Wręcz przeciwnie, decyzja ta, poprzez uprzywilejowanie jednego z wykonawców działającym na rynku, prowadzi do powstania negatywnych skutków gospodarczych. Jej skutkiem, poprzez wyłączenie z konkurencji zasadniczego dla wykonawców zamówienia publicznego, jest bowiem znaczące osłabienie sytuacji gospodarczej tych wykonawców .

Dodać należy ponadto, że również sytuacja ekonomiczna MPO S.A. oraz posiadane przez ten podmiot zdolności techniczne i zawodowe nie świadczą o tym, że udzielenie zamówienia temu wykonawcy

zapewni najlepszą jakość usług oraz najlepsze efekty zamówienia. Wniosek ten znajduje potwierdzenie w świetle analizy dotychczas prowadzonych przez Zamawiającego postępowań o udzielenie zamówienia publicznego na odbiór odpadów od mieszkańców Warszawy w których startowała spółka MPO, sytuacji ekonomicznej i zdolności zawodowej MPO sp. z o.o. oraz analizie sposobu realizacji przez MPO sp. z o.o. dotychczas udzielonych temu podmiotowi zamówień.

Zarzut nr 4

Niezależnie od przedstawionych w zakresie zarzutu nr 1 braków ogłoszenia polegających na nieuwjęciu w nim właściwego uzasadnienia faktycznego zastosowania trybu z wolnej ręki Odwołujący z ostrożności podnosi, że w przypadku MPO sp. z o.o. nie jest spełniona przesłanka o której mowa w art. 214 ust. 1 pkt 11) lit. b) w zw. z art. 214 ust. 5 ustawy Pzp, zgodnie z którą ponad 90% średniego przychodu MPO sp. z o.o. za 3 lata poprzedzające udzielenie zamówienia ma dotyczyć wykonywania zadań powierzonych przez Zamawiającego.

W uzasadnieniu do zarzutu nr 1 Odwołujący wskazał, że do wyliczenia wymaganego poziomu „ponad 90% przychodów” nie można wliczać przychodów z działalności nie mającej charakteru „powierzonej” tj. która ma komercyjny charakter oraz która nie jest samodzielnie realizowana przez wykonawcę, przy wykorzystaniu jego własnych zasobów.

1)

Odwołujący ma świadomość, że zasadniczym przedmiotem działalności MPO sp. z o.o. z której to realizacji spółka ta uzyskuje przychody jest zagospodarowanie odpadów komunalnych, a nie ich odbiór od mieszkańców. Ze względu na tę okoliczność należy stwierdzić, że nie jest możliwym, aby do wyliczenia wymaganego poziomu „ponad 90% przychodów” nie zostały przez Zamawiającego wliczone przychody z zagospodarowania odpadów. Dodać należy ponadto, że według wiedzy Odwołującego maksymalnie 15% tej działalności jest samodzielnie realizowana przez MPO sp. z o.o. poprzez instalacje, którymi podmiot ten dysponuje. W zasadniczym zakresie, zagospodarowanie odpadów komunalnych pochodzących z m.st. Warszawy zlecane jest przez MPO sp. z o.o. podmiotom trzecim, w tym Odwołującemu. Przychody w tej części nie mogą być uwzględniane do obliczenia wymaganego poziomu „ponad 90%”. Taka działalność nie jest kwalifikowana jako powierzona w rozumieniu art. 214 ust. 1 pkt 11) lit. b) ustawy Pzp. W jej przypadku nie mamy do czynienia z sytuacją, w której usługi, dla zapewnienia ich niezbędnego poziomu jakościowego, musiałyby być wykonywane przy wykorzystaniu własnych zasobów Zamawiającego. Należy powtórzyć, że instalacje w których MPO sp. z o.o. prowadzi zagospodarowanie odpadów ponad 85% odpadów nie są własnością ani Zamawiającego, ani podległej mu spółki MPO .

Uwzględniając powyższe Odwołujący stwierdza, że Zamawiający w sposób wadliwy wliczył do wymaganego poziomu „ponad 90% przychodów” przychody z zagospodarowania odpadów przez instalacje zewnętrzne. Z kolei, bez uwzględnienia przez Zamawiającego tego rodzaju przychodów nie jest spełniona przesłanka dotycząca „ponad 90% przychodów”.

2)

W kontekście wskazanej wyżej okoliczności, że do wyliczenia poziomu „ponad 90% przychodów” nie można wliczać przychodów uzyskanych z działalności mającej komercyjny charakter Odwołujący zauważa, że dotychczasowe przychody MPO sp. z o.o. z tytułu świadczenia na rzecz Zamawiającego

odbioru odpadów od mieszkańców były w dużym zakresie efektem wygranych przez ten podmiot przetargów. Dochody w tym zakresie, jako mające komercyjny charakter, również nie powinny być brane pod uwagę przy wyliczeniu wymaganego poziomu „ponad 90% przychodów”.

Uwzględniając powyższe Odwołujący stwierdza, że bez uwzględnienia ww. rodzaju przychodów nie jest spełniona przesłanka „ponad 90% przychodów”.

Mając na uwadze wskazane w treści niniejszego odwołania okoliczności, jego wniesienie jest konieczne i uzasadnione, a Odwołujący wnosi jak na wstępie.