

Warszawa, dnia 24 stycznia 2022 r.

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

Zamawiający:

Miasto Stołeczne Warszawa
Oddział Zamawiającego
Urząd m.st. Warszawy
pl. Bankowy 3/5, 00-950 Warszawa
e-mail: zamowieniabzp@um.warszawa.pl
Adres strony internetowej Zamawiającego:
www.um.warszawa.pl

Odwołujący:

MS-EKO sp. z o.o.
ul. Modlińska 129 lok. U7, 03-186 Warszaw
KRS: 0000390936
*reprezentowana przez radcę prawnego
Monikę Dzilińską-Buraczyńską oraz radcę
prawnego Karola Kamińskiego z kancelarii
Krynicki, Dajczer, Kamiński, Heromiński
Spółka Partnerska Radców Prawnych
ul. Nowy Świat 35 lok. 8; 00-029 Warszawa
tel. 22 380 33 50; faks 22 380 33 51
e-mail: biuro@kdkh.pl
mdzilinska@kdkh.pl*

ODWOŁANIE

- I. Działając na podstawie art. 513 pkt 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (dalej: „Pzp”), w imieniu **MS-EKO sp. z o.o.** z siedzibą w Warszawie, dalej „**Odwołujący**” lub „**MS-EKO**”, wnoszę odwołanie wobec niezgodnych z przepisami ustawy czynności i zaniechań Zamawiającego - **Miasta Stołecznego Warszawy** podjętych we wszczętym przez Zamawiającego w trybie art. 214 ust. 1 pkt 11 Pzp postępowaniu o udzielenie zamówienia w trybie zamówienia z wolnej ręki, którego przedmiotem jest „*Odbiór odpadów komunalnych z dzielnic m.st. Warszawy Białotąka, Targówek, Ochota, Ursus, Włochy, Śródmieście, Bemowo, Wola i Mokotów*”, numer postępowania: ZP/JK/271/IV-172/21, dalej: „*Postępowanie*”.
- II. Ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy zostało opublikowane w dniu 14 stycznia 2022 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 2022/BZP 00020418. Identyfikator postępowania: ocds-148610-77cb3c61-6979-11ec-ae77-fe331fedffdc.

III. ZARZUTY

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu, że w toku przedmiotowego postępowania naruszył następujące przepisy ustawy:

1. **art. 214 ust. 1 pkt 11 lit. a) Pzp** poprzez bezpodstawne uznanie, że zachodzą przesłanki do udzielenia Miejskiemu Przedsiębiorstwu Oczyszczania w m.st. Warszawie sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej: „MPO”) zamówienia w trybie zamówienia z wolnej ręki w sytuacji, gdy Zamawiający nie wykazał zaistnienia przesłanki określonej w lit. a), tj. nie wykazał, że sprawuje nad MPO kontrolę, odpowiadającą kontroli sprawowanej nad własnymi jednostkami, polegającą na dominującym wpływie na cele strategiczne oraz istotne decyzje dotyczące zarządzania sprawami tej osoby prawnej, gdyż w uzasadnieniu ograniczył się wyłącznie do przedstawienia kompetencji Prezydenta m.st. Warszawy przyznanych na mocy przepisów kodeksu spółek handlowych oraz dodatkowych uprawnień Prezydenta m.st. Warszawy określonych w akcie założycielskim, nie wykazał przy tym jednak, że nie występują okoliczności, które mogą świadczyć o osłabieniu kontroli Zamawiającego nad podległą osobą prawną (MPO);
2. **art. 214 ust. 1 pkt 11 lit. b) Pzp w zw. z art. 214 ust. 5 Pzp** poprzez bezpodstawne uznanie, że zachodzą przesłanki do udzielenia MPO zamówienia w trybie zamówienia z wolnej ręki w sytuacji, gdy Zamawiający nie wykazał zaistnienia przesłanki określonej w lit. b), tj. nie wykazał, że ponad 90% działalności kontrolowanej osoby prawnej (MPO) dotyczy wykonywania zadań powierzonych jej przez Zamawiającego, gdyż w uzasadnieniu nie przedstawił założeń przyjętych do sporządzenia analizy źródeł przychodów za lata 2019 - 2021, w tym czy do przychodów zostały zaliczone przychody osiągnięte przez MPO w związku z zawartą przez Zamawiającego, a MPO umową wykonawczą w sprawie świadczenia usług publicznych w zakresie zagospodarowania odpadów;
3. **art. 214 ust. 1 pkt 11 Pzp w zw. z art. 216 ust. 1 Pzp w zw. z art. 272 Pzp w zw. z pkt 4 ppkt 2) załącznika nr 2 do rozporządzenia 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), dalej: „Rozporządzenie”** poprzez brak zamieszczenia w ogłoszeniu o zamiarze zawarcia umowy wyczerpującego uzasadnienia faktycznego i prawnego wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki, pomimo iż jest to jedna z podstawowych informacji, które Zamawiający zobowiązany jest zamieścić w ogłoszeniu o zamiarze zawarcia umowy;
4. **art. 214 ust. 1 pkt 11 Pzp w zw. z art. 216 ust. 1 Pzp w zw. z art. 272 Pzp w zw. z pkt 3 ppkt 8) załącznika nr 2 do Rozporządzenia** poprzez brak zamieszczenia w krótkim opisie przedmiotu zamówienia zawartym w ogłoszeniu o zamiarze zawarcia umowy informacji o wielkości i ilości usług lub określenia zapotrzebowania i wymagań, pomimo iż jest to jedna z podstawowych informacji, które Zamawiający zobowiązany jest zamieścić w ogłoszeniu o zamiarze zawarcia umowy;
5. **art. 214 ust. 1 pkt 11 Pzp w zw. z art. 216 ust. 1 Pzp w zw. z art. 272 Pzp w zw. z pkt 5 ppkt 2) załącznika nr 2 do Rozporządzenia** poprzez brak podania w ogłoszeniu o zamiarze zawarcia umowy krajowego numeru identyfikacyjnego

wykonawcy, z którym Zamawiający zamierza zawrzeć umowę, pomimo iż jest to jedna z podstawowych informacji, które Zamawiający zobowiązany jest zamieścić w ogłoszeniu o zamiarze zawarcia umowy;

6. **art. 214 ust. 1 pkt 11 Pzp w zw. z art. 214 ust. 9 Pzp** poprzez przyjęcie, że możliwym jest udzielenie zamówienia MPO, którego przedmiotem jest odbiór odpadów komunalnych z nieruchomości, podczas gdy MPO nie posiada możliwości świadczenia usług odbioru odpadów w zakresie transportu, a tym samym nie jest możliwe, żeby MPO osobiście wykonała kluczowe części zamówienia, które ma zostać udzielone temu wykonawcy;
7. **art. 214 ust. 1 pkt 11 Pzp w zw. z art. 68 ust. 3 ustawy z dnia 11 stycznia 2018 r. o elektromobilności i paliwach alternatywnych** (tj. z dnia 2 grudnia 2020 r., Dz.U. z 2021 r. poz. 110, dalej: „ustawa o elektromobilności”) poprzez przyjęcie, że możliwym jest udzielenie zamówienia MPO, którego przedmiotem jest odbiór odpadów komunalnych z nieruchomości, podczas gdy MPO nie spełnia warunku posiadania udziału pojazdów elektrycznych lub pojazdów napędzanych gazem ziemnym we flocie użytkowanych pojazdów na poziomie co najmniej 10%, a tym samym nie jest możliwe, żeby MPO osobiście wykonała kluczowe części zamówienia, które ma zostać udzielone temu wykonawcy;
8. **art. 74 ust. 2 Pzp w zw. z art. 18 Pzp w zw. z §5 rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 18 grudnia 2020 r. w sprawie protokołów postępowania oraz dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego** (Dz. U. z 2020 r., poz. 2434) poprzez zaniechanie udostępnienia Odwołującemu protokołu postępowania wraz z załącznikami, a w szczególności wszelkich dokumentów potwierdzających spełnianie przesłanek z art. 214 ust. 1 pkt 11 ustawy Prawo zamówień publicznych, w tym dokumentów finansowych stanowiących podstawę do ustalenia spełniania przesłanki określonej w art. 214 ust. 1 pkt 11 lit. b) ustawy Prawo zamówień publicznych oraz dokumentów dotyczących lub związanych z negocjacjami prowadzonymi pomiędzy Zamawiającym, a Miejskim Przedsiębiorstwem Oczyszczania w m.st. Warszawie sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie;
9. **art. 214 ust. 1 pkt 11 Pzp w zw. z art. 16 Pzp w zw. z art. 18 ust. 1 Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE** (Tekst mający znaczenie dla EOG, Dz.U. L94 z 28.3.2014, s. 65, dalej: „Dyrektywa”) w zw. z art. 9 ust. 1 w zw. z art. 9 ust. 2 pkt 5 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów z dnia 16 lutego 2007 r. (tj. z dnia 22 stycznia 2021 r., Dz.U. z 2021 r. poz. 275 z późn. zm., dalej: „uokik”) poprzez wszczęcie postępowania w trybie niekonkurencyjnym w celu wyłączenia zamówienia z zakresu stosowania Dyrektywy oraz w celu sztucznego zawężenia konkurencji z zamiarem działania na korzyść wykonawcy MPO, co stanowi nadużycie pozycji dominującej na rynku właściwym polegające na przeciwdziałaniu ukształtowania się warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji;

z ostrożności, w przypadku uznania, że zachodziły przesłanki do udzielenia zamówienia na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 11 Pzp

10. art. 16 Pzp w zw. z art. 49, art. 56, art. 102 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (wersja skonsolidowana, dalej: „TFUE”) w zw. z art. 9 ust. 1 w zw. z art. 9 ust. 2 pkt 5 uokik poprzez wszczęcie postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki z naruszeniem podstawowych zasad TFUE, w szczególności zasady swobodnego przepływu towarów, swobody przedsiębiorczości oraz swobody świadczenia usług, a także zasad które się z nich wywodzą, takich jak zasady równego traktowania, niedyskryminacji, wzajemnego uznawania i przejrzystości.

IV. ŻĄDANIA

Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu **unieważnienie prowadzonego Postępowania na podstawie art. 255 pkt 6 Pzp**, ponieważ jest ono obarczone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, polegającą na wszczęciu postępowania w trybie niekonkurencyjnym, pomimo niewykazania przesłanek ustawowych uprawniających do zastosowania trybu z wolnej ręki, a wada ta nie może zostać usunięta w inny sposób.

ewentualnie, w przypadku uznania, że brak jest podstaw do unieważnienia prowadzonego Postępowania udostępnienie protokołu postępowania wraz z załącznikami zgodnie z wnioskiem Odwołującego skierowanym na podstawie art. 74 Pzp.

V. ZACHOWANIE TERMINU I WYMOGÓW FORMALNYCH

1. Ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy zostało opublikowane w dniu 14 stycznia 2022 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 2022/BZP 00020418. Wykonawcą, z którym Zamawiający zamierza zawrzeć umowę jest Miejskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania w m.st. Warszawie sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie. Jak wynika z treści ogłoszenia o zamierza zawarcia umowy wartość zamówienia została oszacowana na kwotę 973 781 801,06 zł, a zatem wartość zamówienia przekracza progi unijne. Tym samym termin na wniesienie odwołania zgodnie z art. 515 ust. 3 pkt 1 Pzp upływa w dniu 24 stycznia 2022 r.
2. Odwołujący uiszczył wpis od odwołania w wymaganej wysokości, a Zamawiający otrzymał kopię odwołania.

VI. INTERES I SZKODA

1. Odwołujący ma interes we wniesieniu niniejszego odwołania. W wyniku naruszenia przez Zamawiającego ww. przepisów ustawy, interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku, gdyż objęte odwołaniem czynności Zamawiającego uniemożliwiają Odwołującemu ubieganie się o udzielenie zamówienia i jego uzyskanie. Odwołujący jako podmiot działający w branży odbioru odpadów, który posiada wpis do rejestru działalność regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości prowadzonego przez Prezydenta m.st. Warszawy oraz posiada zdolności techniczne i zawodowe niezbędne do należytej realizacji przedmiotu zamówienia, jest zainteresowany świadczeniem usług objętych przedmiotem zamówienia.
2. W tym miejscu należy zwrócić uwagę na wyrok KIO z dnia 3 marca 2017 r. sygn.

akt KIO 328/17, w którym w analogicznym przypadku „Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się interesem we wniesieniu odwołania, a ponadto na skutek działań i zaniechań Zamawiającego może ponieść szkodę w postaci braku możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia publicznego, co powoduje, że ziszczone są przesłanki materialnoprawne, uprawniające Odwołującego do skorzystania ze środka ochrony prawnej. **Niewątpliwie Odwołujący - jako podmiot działający na terenie gminy w branży odbioru i zagospodarowania odpadów - jest bezpośrednio zainteresowany świadczeniem usług objętych przedmiotem zamówienia. Przywołać w tym miejscu należy stanowisko wyrażone przez Sąd Okręgowy w Gdańsku, który w orzeczeniu z 25 maja 2012 r. o Sygn. akt XII Ga 92/12, odniósł się do istnienia interesu we wniesieniu odwołania przez wykonawcę kwestionującego wybór trybu: cyt. "W rozumieniu tego przepisu "innymi osobami" będą potencjalni wykonawcy, którzy kwestionują prawidłowość zastosowania trybów niekonkurencyjnych przez zamawiającego (zamówienie z wolnej ręki, negocjacje bez ogłoszenia czy też zapytania o cenę). Podmioty te zostają, bowiem pozbawione szansy wzięcia udziału w postępowaniu, którą miałyby, gdyby zamawiający prowadził postępowanie w trybie rozpoczynającym się publicznym ogłoszeniem. Podmiot przynależny do tej kategorii legitymowanych do wnoszenia środków ochrony prawnej, analogicznie do innych uprawnionych musi wykazać, że ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy. W związku z powyższym pozostałe przesłanki materialnoprawne odwołania powodują, iż podmioty zaliczane do omawianej kategorii legitymowanych muszą wykazać swój bezpośredni związek z prowadzonym postępowaniem, w którym składają odwołanie względnie muszą wykazać, że działania lub zaniechania zamawiającego pozbawiają ich możliwości wzięcia udziału w danym postępowaniu. W niniejszym postępowaniu w zakresie zaskarżania wyboru trybu przez podmiot nieuczestniczący w postępowaniu, interes w uzyskaniu danego zamówienia powinien być rozumiany w sposób abstrakcyjny, jako potencjalna możliwość uzyskania zamówienia, którego przedmiot jest objęty postępowaniem udzielanym w zaskarżanym trybie".**

3. W świetle powyższego, nie może budzić wątpliwości iż objęte odwołaniem czynności i zaniechania Zamawiającego prowadzą do możliwości poniesienia szkody przez Odwołującego - polegającej na braku możliwości ubiegania się o zamówienie i w efekcie uzyskania zamówienia. Podsumowując, spełnione zostały przesłanki materialnoprawne uprawniające Odwołującego do skorzystania ze środków ochrony prawnej.

UZASADNIENIE

- I. Zarzut zaniechania wykazania zaistnienia przesłanki z art. 214 ust. 1 pkt 11 lit. a) Pzp.
 1. W okolicznościach rozpoznawanej sprawy, Zamawiający nie wykazał przesłanki, o której mowa w art. 214 ust. 1 pkt 11 lit. a) Pzp, zgodnie z którą udzielenie

zamówienia z wolnej ręki będzie możliwe takiej osobie prawnej nad którą Zamawiający sprawuje kontrolę, odpowiadającą kontroli sprawowanej nad własnymi jednostkami, polegającą na dominującym wpływie na cele strategiczne oraz istotne decyzje dotyczące zarządzania sprawami tej osoby prawnej.

2. Okoliczności podane przez Zamawiającego w sekcji VI ogłoszenia o zamierza zawarcia umowy, tj. fakt, że jednym wspólnikiem MPO posiadającym 100% udziałów w kapitale zakładowym jest m.st. Warszawa oraz że jako jedynemu wspólnikowi przysługują mu uprawnienia wynikające z kodeksu spółek handlowych, a także fakt dysponowania przez m.st. Warszawa dodatkowymi uprawnieniami określonymi w Akcie Założycielskim nie stanowią o automatycznym ziszczeniu się przesłanki udzielenia zamówienia w trybie *in-house* z art. 214 ust. 1 pkt 11 lit. a) Pzp.
3. W powyższym zakresie w Komentarzu Urzędu Zamówień Publicznych do ustawy Prawo zamówień publicznych, Warszawa 2021, komentarz do art. 214, str. 665-666 wskazano: **„Definicja „sprawowania kontroli nad jednostką” została zaczerpnięta bezpośrednio z art. 12 ust. 1 dyrektywy klasycznej, która uwzględniła w tym przepisie wnioski płynące z orzecznictwa TSUE, tj. przede wszystkim orzeczenia w sprawie Teckal¹⁷⁰ oraz orzeczenia w sprawie Parking Brixen¹⁷¹. Interpretacja pojęcia „sprawowania kontroli nad jednostką” wymaga zatem uwzględnienia przede wszystkim wykładni europejskiej i nie należy jej rozumieć tylko jako sprawowania kontroli administracyjnej nad taką jednostką. Jednostka kontrolowana przez zamawiającego to taka, której niezależność od zamawiającego z art. 4 i art. 5 ust. 1 pkt 1 Pzp ma charakter formalny (jest to odrębna osoba prawna), ale pozostaje ona zamawiającemu ściśle podległa. Podległość wyraża się poprzez pełną zależność organizacyjną i gospodarczą od zamawiającego. Zamawiający musi sprawować niezaprzeczalną kontrolę nad instytucją kontrolowaną. W wyroku Coditel Brabant¹⁷² TSUE zauważył, że istotne jest, by kontrola nad koncesjonariuszem (jednostką zależną) była skuteczna. Wnioski płynące z tych orzeczeń potwierdzają, że odrębność prawna podległej zamawiającemu osoby prawnej ma tylko formalne znaczenie, a instytucja kontrolująca powinna mieć bardzo szeroki wachlarz oddziaływań na jednostkę kontrolowaną, aby można jej było udzielić zamówienia z wolnej ręki. Przejawem takiej kontroli jest co najmniej udział przedstawicieli instytucji zamawiającej w organach decyzyjnych instytucji podległej. W orzeczeniu w sprawie Carbotermo¹⁷³ stwierdzono, że okoliczność, że instytucja zamawiająca posiada całość kapitału zakładowego spółki, której udzielono zamówienia, wydaje się wskazywać - jednakże w sposób nieprzesądający - że instytucja zamawiająca sprawuje nad tą spółką kontrolę analogiczną do sprawowanej nad własnymi służbami. Na podstawie tego orzeczenia można wskazać, że prawo zamawiającego, które polega jedynie na wykonywaniu kompetencji przyznanych z mocy prawa spółek (kodeks spółek handlowych), jest niewystarczające do stwierdzenia, że zamawiający sprawuje nad taką osobą prawną kontrolę odpowiadającą kontroli sprawowanej nad własnymi jednostkami - jeśli z innych regulacji wynika, że jest to prawo ograniczone. Posiadanie przez zamawiającego całości kapitału zakładowego osoby**

prawnej może być zatem uznane za niewystarczające do udzielenia takiej osobie prawnej zamówienia w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 11 Pzp, jeśli np. z aktu powołującego osobę prawną wynika, że jednostka zamawiająca jest ograniczona w wykonywaniu pełnego prawa głosu z przysługujących jej udziałów na walnym zgromadzeniu (zgromadzeniu wspólników) lub w jakikolwiek inny sposób nie ma pełnej swobody w ustalaniu celów strategicznych tej osoby prawnej etc.”

4. Przede wszystkim, Zamawiający nie wykazał, że dodatkowe uprawnienia przyznane mu w Akcie Założycielskim powodują, iż sprawowana przez niego kontrola jest skuteczna. Ponadto, nie wykazał również, że Akt Założycielski nie przewiduje żadnych ograniczeń w sprawowaniu przez niego kontroli nad MPO.

II. Zarzut zaniechania wykazania zaistnienia przesłanki z art. 214 ust. 1 pkt 11 lit. b) Pzp.

1. W art. 214 ust. 1 pkt 11 Pzp wskazano, że jednym z 3 warunków, które muszą zostać spełnione łącznie, żeby możliwe było udzielenie zamówienia w trybie zamówienia z wolnej ręki (*in-house*) jest, aby ponad 90% działalności kontrolowanej osoby prawnej dotyczyło 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). Zgodnie z art. 214 ust. 5 Pzp, do obliczenia 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 osiągany przez osobę prawną lub Zamawiającego w odniesieniu do usług, dostaw lub robót budowlanych za 3 lata poprzedzające udzielenie zamówienia.
2. Zamawiający nie przedstawił żadnego wywodu merytorycznego uzasadniającego omawianą przesłankę. Uzasadnienie przedstawione przez Zamawiającego w tym zakresie ogranicza się do 3 linijek tekstu: *„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.”*
3. Zamawiający nie przedstawił m.in. założeń przyjętych do sporządzenia analizy źródeł przychodów za lata 2019-2021, w tym czy do przychodów zostały zaliczone przychody osiągnięte przez MPO w związku z zawartą przez Zamawiającego, a MPO umową wykonawczą w sprawie świadczenia usług publicznych w zakresie zagospodarowania odpadów. Nie wyjaśnił również czy dla danych z 2021 r. bazował na zatwierdzonym czy niezatwierdzonym przez organ zarządzający sprawozdaniu finansowym. Nie można również pominąć faktu świadczenia przez MPO szeregu usług na rynku komercyjnym, takich jak obsługa nieruchomości niezamieszkałych czy świadczenie usług odbioru i zagospodarowania odpadów na rzecz innych zamawiających (np. obsługa odbioru odpadów z Sądu Najwyższego oraz odbiór odpadów z północnej części Marek) - w tym przypadku MPO występuje jako podmiot konkurencyjny w stosunku do innych wykonawców świadczących usługi odbioru odpadów na rynku warszawskim. Brak tych informacji uniemożliwia weryfikację prawidłowości zastosowania trybu

niekonkurencyjnego i stanowi naruszenie przepisów ustawy, które może mieć istotny wpływ na wynik postępowania.

4. W Komentarzu Urzędu Zamówień Publicznych do ustawy Prawo zamówień publicznych, Warszawa 2021, komentarz do art. 214, str. 675 stwierdzono: **„Do progu 90% działalności nie należy zatem zaliczać zadań pochodnych (pożytków) w formie dostaw, usług i robót budowlanych, z których spółka czerpie dodatkowy przychód. Nie ma przy tym znaczenia, czy ten dodatkowy przychód jest związany z jej podstawową działalnością, czy też nie. Jeśli działania podejmowane przez spółkę (i przychody przez nią uzyskiwane) dotyczą sfery objętej zadaniami powierzonymi, ale pozostają neutralne dla tych zadań (np. spółka gminna gospodaruje wysypiskiem śmieci i obok opłat za odbiór gminnych odpadów dodatkowo przyjmuje odpady od podmiotów trzecich za wynagrodzeniem), to taka działalność dodatkowa nie wchodzi w zakres wymaganych 90% działalności.”**
5. Na gruncie niniejszej sprawy brak było podstaw do zaliczenia do zakresu wymaganych 90% działalności przychodów uzyskiwanych przez MPO w związku z zawartą przez Zamawiającego, a MPO umową wykonawczą z dnia 12 grudnia 2017r. w sprawie świadczenia usług publicznych w zakresie zagospodarowania odpadów. Zgodnie z §1 wspomnianej umowy, przedmiotem umowy jest **„określenie zasad i warunków świadczenia Usług Publicznych przez MPO, mechanizmu Rekompensaty, parametrów służących do obliczenia, monitorowania i przeglądu kwot Rekompensaty oraz warunków unikania i odzyskiwania nadwyżek Rekompensaty.”** W zamieszczonym w umowie słowniku pojęć „Usługi Publiczne” zostały zdefiniowane jako **„określone w Akcie Założycielskim usługi w ogólnym interesie gospodarczym stanowiące zadanie własne m.st. Warszawy z zakresu gospodarki komunalnej polegające na zagospodarowaniu Odpadów.”**
6. Niemniej jednak, tylko niewielka część odpadów objętych tym zadaniem jest zagospodarowywana przez MPO. W przeważającej mierze zagospodarowanie realizowane jest przez podmioty trzecie wyłonione przez MPO w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego na zagospodarowanie odpadów. Rola MPO ogranicza się w tym przypadku do przeprowadzenia postępowania, zawarcia umowy z wybranym wykonawcą oraz kontroli realizacji umowy i jej rozliczenia. Działania podejmowane przez MPO dotyczą zatem co prawda sfery objętej zadaniami powierzonymi, ale pozostają neutralne dla tego zadania, a co za tym idzie stanowią działalność dodatkową które nie wchodzi w zakres wymaganych 90% działalności.
7. Do zakresu wymaganych 90% nie powinny być również wliczane przychody osiągnięte przez MPO z działalności, która nie jest tożsama z przedmiotem zamówienia, tj. np. przychody osiągane przez tego wykonawcę ze sprzedaży energii elektrycznej (instalacja przy ul. Zabranieckiej, Zakład Kampinoska).
8. Tym samym, jeżeli w/w przychody zostały uwzględnione w zakresie wymaganych 90% działalności to należy stwierdzić, że Zamawiający nie wykazał spełnienia przesłanki określonej w art. 214 ust. 1 pkt 11 lit. b) Pzp.

III. Zarzut dotyczący braku zamieszczenia w ogłoszeniu o zamiarze zawarcia umowy wyczerpującego uzasadnienia faktycznego i prawnego wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki.

1. 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 Pzp, na zasadach określonych w dziale III rozdziale 2. Zakres informacji jakie Zamawiający zobowiązany jest zawrzeć w ogłoszeniach zamieszczanych w BZP został określony w §2 ust. 2 Rozporządzenia, przypadku ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy w załączniku nr 2 do Rozporządzenia. Zgodnie z podanym w tym załączniku zakresem informacji, w ogłoszeniu o zamierza zawarcia umowy powinny zostać zamieszczone m.in. informacje dotyczące trybu udzielenia zamówienia (pkt 4) obejmujące uzasadnienia faktyczne i prawne wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki (ppkt 2). Z przywołanych przepisów jednoznacznie wynika zatem, że na Zamawiającego zostały nałożone określone obowiązki informacyjne względem wykonawców.
2. Jak podkreślono w wyroku KIO z dnia 22 czerwca 2021 r., sygn. akt KIO 731/21, KIO 747/21: ***„Powyższa czynność zamawiającego (przedstawienie uzasadnienia w BZP) ma kluczowe znaczenie dla wykonawców potencjalnie zainteresowanych danym zamówieniem, którzy na podstawie zamieszczonego właśnie w Biuletynie Zamówień Publicznych uzasadnienia wybranego trybu dokonują oceny prawidłowości czynności zamawiającego, przede wszystkim z uwagi na ewentualność skorzystania ze środków ochrony prawnej. Dokonywana następnie przez Izbę ocena legalności zastosowanego trybu udzielenia zamówienia wywołanego wniesieniem odwołania również następuje w oparciu o uzasadnienie faktyczne i prawne upublicznione w Biuletynie Zamówień Publicznych. Tym samym to po stronie zamawiającego leży zawsze wyczerpujące i wszechstronne przedstawienie okoliczności faktycznych i prawnych celem wykazania wszystkich przesłanek warunkujących udzielenie zamówienia in - house na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 13 ustawy Pzp, poddawanych ewentualnej kontroli wykonawców oraz Izby.”***
3. Na gruncie niniejszej sprawy, analiza przedstawionego przez Zamawiającego w BZP uzasadnienia faktycznego i prawnego prowadzi do wniosku, że Zamawiający nie sprostął ciężącemu na nim obowiązkowi, gdyż przedstawione uzasadnienie, które zajmuje niecałe półtorej strony, jest lakoniczne, a jego znaczna część to przytoczenie brzmienia przepisów Pzp oraz ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach lub wskazanie określonych postanowień Aktu Założycielskiego Spółki MPO. Takie działanie Zamawiającego nie zasługuje na aprobatę biorąc pod uwagę zarówno ciężący na nim obowiązek wynikający z przepisów Pzp i Rozporządzenia jak i zakres zamówienia i jego znaczenie dla rynku odbioru odpadów na terenie m.st. Warszawy (wykluczenie konkurencji na znacznym obszarze miasta), a także jego wartość, która została oszacowana na poziomie prawie 1 miliarda złotych.
4. Braki uzasadnienia są szczególnie widoczne w zakresie wykazania spełnienia przesłanki z art. 214 ust. 11 pkt b) Pzp. W tym zakresie uzasadnienia obejmuje

3 linijki tekstu, które ograniczają się do stwierdzenia, że w latach 2019 - 2021 ponad 90% działalności wykonywanej przez MPO dotyczyło zadań powierzonych przez Miasto, bez przedstawienia jakiegokolwiek uzasadnienia w jaki sposób, na jakiej podstawie i przy przyjęciu jakich założeń Zamawiający doszedł do takiego stwierdzenia.

5. Za reprezentatywny w powyższym zakresie należy uznać wyrok KIO z dnia 3 marca 2017 r., sygn. akt KIO 328/17, w którym Izba stwierdziła, a który w dalszym ciągu pozostaje aktualny pomimo zmiany przepisów Pzp: **„Zamawiający, na którym spoczywa ciężar wykazania przestanek do zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki, winien w treści Informacji o zamiarze zawarcia umowy wskazać na spełnienie przestanki z lit b i sposób ustalenia procentowego udziału zadań własnych w działalności kontrolowanej osoby prawnej, zaś w toku rozprawy przed Izłą Zamawiający winien wykazać spełnienie tej przestanki, przedstawiając wiarygodne prognozy handlowe, w oparciu o które dokonał ustaleń. Inicjatywy w tym zakresie Zamawiający jednak nie podjął. W konsekwencji, brak wymaganego przepisami ustawy Pzp uzasadnienia faktycznego wyboru trybu udzielenia zamówienia z wolnej ręki, dowodzi braku wykazania przez Zamawiającego przestanek niezbędnych do udzielenia zamówienia w trybie in house, w szczególności braku spełnienia przestanki z art. 67 ust.1 pkt 12 lit b ustawy Pzp. Okoliczność ta uniemożliwia weryfikację prawidłowości zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki i stanowi naruszenie przepisów ustawy, które może mieć istotny wpływ na wynik postępowania, co powoduje konieczność uwzględnienia odwołania przez Izbę i nakazania unieważnienia postępowania wszczętego w trybie zamówienia z wolnej ręki. Prowadzone postępowanie z uwagi na wskazane wyżej uchybienia obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. W sytuacji bowiem zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki z naruszeniem przepisów ustawy, ewentualna przyszła umowa w sprawie zamówienia publicznego podlegałaby unieważnieniu (art. 93 ust. 1 pkt 7 oraz 146 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp).”**
6. Podsumowując, przedstawione przez Zamawiającego uzasadnienia nie potwierdza zasadności wybranego trybu zamówienia z wolnej ręki, co już samo w sobie uzasadnia konieczność unieważnienia prowadzonego postępowania na podstawie art. 255 pkt 6 Pzp.

IV. Zarzut dotyczący braku zamieszczenia w krótkim opisie przedmiotu zamówienia informacji o wielkości i ilości usług lub określenia zapotrzebowania i wymagań.

1. Zgodnie z załącznikiem nr 2 do Rozporządzenia zakres informacji zawartych w ogłoszeniu o zamiarze zawarcia umowy obejmuje również przedmiot zamówienia (pkt 3), w tym krótki opis przedmiotu zamówienia (wielkość, zakres, rodzaj i ilość dostaw, usług lub robót budowlanych lub określenie zapotrzebowania i wymagań) (ppkt 8). Powyższe informacje mają kluczowe znaczenie z perspektywy wykonawców, którzy m.in. na podstawie opisu przedmiotu zamówienia oceniają czy będą w stanie go zrealizować, a co za tym idzie czy są zainteresowani uzyskaniem danego zamówienia.

2. Zamieszczony przez Zamawiającego w sekcji III pkt 3.8) ogłoszenia, krótki opis przedmiotu zamówienia jest rzeczywiście krótki, gdyż Zamawiający wskazał w nim jedynie, że: *„Przedmiotem zamówienia jest odbiór odpadów komunalnych z terenu nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy oraz na których w części zamieszkują mieszkańcy, a w części nie zamieszkują mieszkańcy, a powstają odpady komunalne, położonych w m.st. Warszawie, od 1 lipca 2022 r. (dzielnice Białota, Targówek, Ochota, Ursus, Włochy, Śródmieście, Bemowo i Wola) oraz od 1 października 2022 r. (dzielnica Mokotów)”*.
3. Poza określeniem rodzaju nieruchomości z których będą odbierane odpady, dzielnic z których mają być one odbierane oraz terminu od którego świadczona będzie usługa, Zamawiający nie podał chociażby informacji o wolumenie odpadów, co skutkuje brakiem możliwości oceny skali tego zamówienia oraz potencjalnych wykonawców zainteresowanych jego wykonaniem.
4. Pominięcie przez Zamawiającego w treści zamieszczonego w BZP ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy obligatoryjnych elementów dotyczących wielkości oraz ilości zamawianych usług stanowi naruszenie art. 214 ust. 1 pkt 11 Pzp w zw. z art. 216 ust. 1 Pzp w zw. z art. 272 Pzp w zw. z pkt 3 ppkt 8) załącznika nr 2 do Rozporządzenia.

V. Zarzut dotyczący braku podania krajowego numeru identyfikacyjnego wykonawcy.

1. Kolejnym z obligatoryjnych elementów, które powinno zawierać ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy są wskazane w pkt 5 załącznika nr 2 do Rozporządzenia informacje dotyczące zawarcia umowy, w tym jeżeli wykonawca z którym Zamawiający zamierza zawrzeć umowę prowadzi działalność gospodarczą - krajowy numer identyfikacyjny, w przypadku polskich wykonawców - numer REGON lub NIP (jeżeli dotyczy) (ppkt 2).
2. Analiza informacji zamieszczonych w sekcji V ogłoszenia o zamówieniu prowadzi do wniosku, że Zamawiający zaniechał podania krajowego numeru identyfikacyjnego MPO, czym naruszył art. 214 ust. 1 pkt 11 Pzp w zw. z art. 216 ust. 1 Pzp w zw. z art. 272 Pzp w zw. z pkt 5 ppkt 2) załącznika nr 2 do Rozporządzenia.

VI. Zarzut braku możliwości osobistego wykonania przez MPO kluczowych części zamówienia.

1. W art. 214 ust. 9 Pzp, wskazano że wykonawca, któremu udzielono zamówienia na podstawie ust. 1 pkt 11-13, nie może powierzyć wykonania części zamówienia podwykonawcy, która dotyczy głównego przedmiotu zamówienia. Tym samym, wykonawca, któremu powierzono realizację zamówienia w trybie *in-house* może podzlecić podwykonawcy wykonanie tylko tych elementów przedmiotu zamówienia, które mają charakter pomocniczy i nie świadczą o istocie udzielone zamówienia.
2. Za reprezentatywny w powyższym zakresie należy uznać cytowany już powyżej wyrok KIO z dnia 22 czerwca 2021 r., sygn. akt KIO 731/21, KIO 747/21, w którym stwierdzono: *„Na wstępie - w kontekście argumentacji podnoszonej przez Zamawiających - Izba wskazuje, że jakkolwiek dostrzega, iż omawiany przepis skierowany jest do wykonawcy, któremu udzielono zamówienia na podstawie*

art. 214 ust. 1 pkt 13 ustawy Pzp, to jednak jego analizy nie można dokonać w oderwaniu od celu regulacji oraz specyfiki zamówień z wolnej ręki typu in-house, które z założenia nakierowane są na możliwość wykonania zamówienia własnymi zasobami strony publicznej. W ocenie Izby analiza ww. przepisu prowadzi do wniosku, że wykonawca, któremu udzielono zamówienia typu in-house może podzlecić podwykonawcy wykonanie tych elementów przedmiotu zamówienia, które mają charakter pomocniczy i nie świadczą o istocie udzielanego zamówienia. Powyższe uzasadnione jest specyfiką zamówień wewnętrznych powierzanych do wykonania przez zamawiających, które wykonywane są przy użyciu zasobów własnych oraz zasobów uzależnionych od zamawiających, a zatem inaczej niż ma to miejsce przy standardowych zamówienia publicznych. Za własne Izba przyjmuje stanowisko zaprezentowane w Komentarzu Urzędu Zamówień Publicznych do ustawy Prawo zamówień publicznych, Warszawa 2021, z którego wynika, że "aby uzyskać zamówienie wewnętrzne, podmiot otrzymujący zamówienie musi dysponować zasobem do jego realizacji, zamawiający zaś udzielający takiego zamówienia musi mieć świadomość, że podmiot podległy jest zdolny do wykonania takiego zamówienia i takie zamówienie wykona. Jeśli zarówno zamawiający, jak i kontrolowane przez niego podmioty nie dysponują zasobami pozwalającymi na wykonanie zamierzenia, takie zamierzenie powinno być zleczone na zewnątrz w formie zwykłego zamówienia publicznego. Zatem podmiot podporządkowany zamawiającemu może otrzymać zlecenie, jeśli jest zdolny do jego realizacji, natomiast jeśli nie jest zdolny do realizacji, nie może otrzymać zamówienia wewnętrznego. Nie ma przy tym znaczenia, czy podmiot został utworzony w ściśle określonym celu wsparcia zamawiającego w realizacji jego zadań, istotna jest jego zdolność do realizacji konkretnego zleconego zadania. Jeśli danego zamówienia wewnętrznego osoba prawna nie jest w stanie wykonać samodzielnie lub nie wykonuje samodzielnie pomimo posiadania niezbędnych zasobów i podzleca zamówienie kolejnym podmiotom, to ze swojej istoty zamówienie wewnętrzne przestaje mieć taki charakter."

3. Zgodnie z informacjami zamieszczonymi w sekcji III pkt 3.8) ogłoszenia, przedmiotem zamówienia jest odbiór odpadów komunalnych z terenu nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy oraz na których w części zamieszkują mieszkańcy, a w części nie zamieszkują mieszkańcy, a powstaną odpady komunalne z części dzielnic m.st. Warszawy. Brak jest legalnej definicji sformułowania odbiór odpadów, nie zawiera jej ani ustawa o odpadach ani ustawa o utrzymaniu czystości i porządku z gminach.
4. W sekcji III ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy jako główny kod CPV Zamawiający wskazał kod 90513100-7 - Usługi wywozu odpadów pochodzących z gospodarstw domowych (pkt 3.10) ogłoszenia). Z kolei, jako dodatkowe kody CPV w pkt 3.11.) tej sekcji ogłoszenia podał kod 90512000-9 - Usługi transportu odpadów oraz kod 90533000-2 - Usługi gospodarki odpadami. Transport odpadów, czyli przemieszczanie ich z miejsca wytworzenia do miejsca odzysku, unieszkodliwiania lub miejsca ich gromadzenia jest nierozzerwalnie związany z

odbiorem odpadów. Nie jest możliwym odbieranie odpadów komunalnych z nieruchomości bez ich transportu do miejsca odzysku lub unieszkodliwiania.

5. W świetle powyższego nie pozostawia wątpliwości, że na gruncie niniejszej sprawy transport odpadów to część zamówienia, która dotyczy głównego przedmiotu zamówienia, a zatem nie może zostać zlecona podwykonawcy.
6. MPO odbiera obecnie odpady z terenu m.st. Warszawy na podstawie 3 umów zawartych z Zamawiającym w wyniku rozstrzygnięcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego: Zadanie nr 4 - obejmuje dzielnice Ochota, Ursus i Włochy, Zadanie nr 7 - obejmuje dzielnicę Śródmieście, Zadanie nr 9 - obejmuje dzielnice Wola i Bemowo.
7. Jednocześnie z informacji dostępnych na stronie internetowej MPO w zakładce zamówienia publiczne wynika, że podmiot ten tylko w grudniu 2021 r. prowadził 3 postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, których przedmiotem był transport odpadów komunalnych ze stacji przeladunkowej Zamawiającego do zewnętrznych instalacji i/ lub stacji przeladunkowych. Od kwietnia 2021 r. MPO prowadziło łącznie 11 postępowań, których przedmiotem był transport odpadów (łącznie z w/w postępowaniami):
 - a) Opublikowane: 2021-12-30 - Transport odpadów komunalnych ze stacji przeladunkowej Zamawiającego do zewnętrznych instalacji i/ lub stacji przeladunkowych, numer postępowania: SZP.27.75.2021.KD;
 - b) Opublikowane: 2021-12-28 - Transport odpadów komunalnych ze stacji przeladunkowej Zamawiającego do zewnętrznych instalacji i/ lub stacji przeladunkowych, numer postępowania: SZP.27.73.2021.KB;
 - c) Opublikowane: 2021-12-03- Transport odpadów komunalnych ze stacji przeladunkowej Zamawiającego do zewnętrznych instalacji i/ lub stacji przeladunkowych, numer postępowania: SZP.27.69.2021.LK;
 - d) Opublikowane: 2021-09-13 - Transport odpadów komunalnych ze stacji przeladunkowych Zamawiającego do zewnętrznych instalacji i lub stacji przeladunkowych, numer postępowania: SZP.27.57.2021.MS;
 - e) Opublikowane: 2021-09-13 - Transport odpadów komunalnych ze stacji przeladunkowych Zamawiającego do wewnętrznych instalacji/lub stacji przeladunkowych, numer postępowania: SZP.27.50.2021.ŁM;
 - f) Opublikowane: 2021-09-01 - Transport odpadów komunalnych ze stacji przeladunkowych Zamawiającego do zewnętrznych instalacji i/lub stacji przeladunkowych, numer postępowania: SZP.27.49.2021.ŁM;
 - g) Opublikowane: 2021-07-23 - Transport odpadów komunalnych ze stacji przeladunkowych Zamawiającego do zewnętrznych instalacji i/lub stacji przeladunkowych, numer postępowania: SZP.27.46.2021.LK
 - h) Opublikowane: 2021-05-10 - Transport odpadów komunalnych z punktów przeladunkowych Zamawiającego do instalacji zewnętrznych, numer postępowania: DZA.ZOZ.27.17.2021.MS

- i) Opublikowane: 2021-05-05 - Transport odpadów komunalnych z punktów przeladunkowych Zamawiającego do instalacji zewnętrznych, numer postępowania: DZA.ZOZ.27.20.2021.KD
 - j) Opublikowane: 2021-05-04 - Transport odpadów komunalnych z punktów przeladunkowych Zamawiającego do instalacji zewnętrznych, numer postępowania: DZA.ZOZ.27.18.2021.MS
 - k) Opublikowane: 2021-04-06 - Transport odpadów komunalnych z punktów przeladunkowych Zamawiającego do instalacji zewnętrznych, numer postępowania: DZA.ZOZ.27.17.2021.MS
8. Tym samym, MPO obsługuje obecnie 6 z 9 dzielnic objętych przedmiotem zamówienia i dla ich realizacji zleca transport odpadów komunalnych z własnych punktów przeladunkowych do instalacji zewnętrznych, a zatem nie jest w stanie wykonać tego transportu samodzielnie.
9. Biorąc powyższe pod uwagę, należy dojść do wniosku, że ten sam schemat działania zostanie zastosowany po zawarciu pomiędzy Zamawiającym, a MPO umowy w trybie zamówienia z wolnej ręki (zwłaszcza biorąc pod uwagę rozszerzenie obszaru z którego MPO będzie odbierało odpady o 3 kolejne dzielnice, w ramach których nie świadczy obecnie usług, tj. Białotęka, Targówek, Mokotów), co spowoduje, że część głównego przedmiotu zamówienia stanowiącego transport odpadów zostanie powierzona wykonawcy niezdolnemu do jego realizacji, co powoduje, że wszczęcie przedmiotowego postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 11 Pzp było działaniem nieprawidłowym.
10. Adresatem zamówienia w trybie z wolnej ręki może być wyłącznie podmiot zdolny do jego wykonania, w szczególności w zakresie realizacji głównego przedmiotu zamówienia. W przeciwnym razie doszłoby do wypaczenia idei zamówienia typu *in house*, gdyż zamawiający udzielałby zasadniczą część przedmiotu zamówienia podmiotowi, z którym nie pozostaje w relacjach określonych w art. 214 ust. 1 pkt 11 Pzp. W wyniku podzlecenia zamówienia wewnętrznego podmiotowi komercyjnemu, straciłoby ono swój wewnętrzny charakter i stałoby się zwykłym zamówieniem publicznym o komercyjnym charakterze (tak m.in. w wyroku KIO z dnia 22 czerwca 2021 r., sygn. akt KIO 731/21, KIO 747/21).
11. Podsumowując, w tych okolicznościach, udzielenie MPO zamówienia w trybie zamówienia z wolnej ręki, stanowi naruszenie art. 214 ust. 1 pkt 11 Pzp w zw. z art. 214 ust. 9 Pzp.

VII. Zarzut braku spełniania przez MPO warunku posiadania udziału pojazdów elektrycznych we flocie użytkowanych pojazdów na poziomie co najmniej 10%.

1. W art. 68 ust. 3 ustawy o elektromobilności wskazano, że jednostka samorządu terytorialnego, o której mowa w art. 35 ust. 2, od dnia 1 stycznia 2022 r. wykonuje, zleca lub powierza wykonywanie zadań publicznych, o których mowa w art. 35 ust. 2 pkt 1, podmiotom, których łączny udział pojazdów elektrycznych lub pojazdów napędzanych gazem ziemnym we flocie pojazdów samochodowych w rozumieniu art. 2 pkt 33 ustawy z dnia 20 czerwca 1997 r. - Prawo o ruchu

drogowym używanych przy wykonywaniu tego zadania wynosi co najmniej 10%. Przepisu nie stosuje się do zlecenia lub powierzania wykonania zadania publicznego, do którego nie stosuje się ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych, oraz do wykonywania, zlecenia lub powierzania zadań publicznych dotyczących letniego i zimowego utrzymania dróg polegającego na mechanicznej metodzie oczyszczania jezdni ulic, w szczególności zamiataniu i zmywaniu oraz zapobieganiu i zwalczaniu śliskości zimowej, w tym gołoledzi i usuwaniu śniegu.

12. Jak już wyżej wskazywano, MPO odbiera obecnie odpady z terenu m.st. Warszawy w ramach Zadania nr 4 - obejmującego dzielnicę Ochota, Ursus i Włochy, Zadania nr 7 - obejmującego dzielnicę Śródmieście, Zadania nr 9 - obejmującego dzielnicę Wola i Bemowo. Dzielnicę Białotłęka i Targówek były objęte Zadaniem nr 2, z kolei dzielnica Mokotów była objęta Zadaniem nr 3. Bazując na informacjach podanych w załączniku nr 1 do umowy tj. Opisie Przedmiotu Zamówienia na odbiór odpadów komunalnych z terenu nieruchomości położonych w m.st. Warszawie od 1 stycznia 2019 r. obowiązującym w postępowaniu, w wyniku którego zostały zawarte umowy na realizację w/w zadań należy zauważyć, że liczba pojazdów niezbędnych do ich obsługi przedstawia się następująco:

Numer Zadania [A]	Pojazdy na potrzeby odbioru odpadów[B]	Pojazdy na potrzeby transportu odpadów [C]	Łącznie [D] D=B+C	Liczba pojazdów stanowiących 10% łączny udział pojazdów elektrycznych lub pojazdów napędzanych gazem ziemnym we flocie pojazdów samochodowych
Zadanie 3	105	15	120	12
Zadanie 4	25	14	39	4
Zadanie 2	24	19	43	4
Zadanie 7	97	8	105	11
Zadanie 9	59	19	78	8
Łącznie	310	75	385	38

13. Tym samym, bazując na danych ustalonych na podstawie informacji podanych przez Zamawiającego w ramach postępowania prowadzonego w 2018 r. należy zauważyć, że MPO realizując zadanie powierzone w ramach tego postępowania powinno dysponować flotą co najmniej 38 pojazdów elektrycznych lub pojazdów napędzanych gazem ziemnym we flocie pojazdów samochodowych używanych do realizacji tego zadania.
14. Z informacji dostępnych na stronie internetowej MPO wynika, że obecnie Spółka dysponuje ponad 140 pojazdami, a 25% z nich napędza CNG (źródło: <https://www.mpo.com.pl/index.php/aktualnosci/369-mpo-testuje-smieciarke->

[elektryczna-volvo](#)). Nawet gdyby przyjąć, że wszystkie posiadane przez MPO pojazdy napędzane CNG będą wykrzesywane do realizacji zamówienia, to jest ich tylko 35, a zatem o 3 pojazdy za mało w stosunku do wymagań wynikających z OPZ obowiązującego w poprzednio prowadzonym przez Zamawiającego postępowaniu konkurencyjnym.

15. Biorąc powyższe pod uwagę, należy stwierdzić, że zamówienie zostanie powierzone wykonawcy niezdołnemu do jego realizacji tj. MPO które nie posiada wymaganej przepisami ustawy o elektromobilności liczby pojazdów we flocie pojazdów samochodowych używanych przy wykonywaniu tego zadania, co powoduje, że wszczęcie przez Zamawiającego postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 11 Pzp było działaniem nieuprawnionym.

VIII. Zarzut zaniechania udostępnienia Odwołującemu protokołu postępowania wraz z załącznikami.

1. Zgodnie z art. 18 Pzp, postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne (ust. 1), a Zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie. Powyższa zasada realizowana jest m.in. przez wynikający z art. 71 obowiązek dokumentowania przez Zamawiającego przebiegu postępowania o udzielenie zamówienia poprzez sporządzenie w jego toku protokołu postępowania. Stosownie do art. 74 ust. 1 Pzp, protokół postępowania jest jawny i udostępniany na wniosek. Moment, od którego Zamawiający zobowiązany jest do udostępnienia załączników do protokołu postępowania został określony w art. 74 ust. 2 Pzp. Z kolei sposób i forma udostępnienia protokołu postępowania zostały określone w §5 rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 18 grudnia 2020 r. w sprawie protokołów postępowania oraz dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (Dz. U. z 2020 r., poz. 2434).
2. W dniu 21 stycznia 2021 r., działając na podstawie art. 74 Pzp, Odwołujący zwrócił się do Zamawiającego o udostępnienie protokołu postępowania wraz z załącznikami, a w szczególności wszelkich dokumentów potwierdzających spełnianie przesłanek z art. 214 ust. 1 pkt 11 ustawy Prawo zamówień publicznych, w tym dokumentów finansowych stanowiących podstawę do ustalenia spełniania przesłanki określonej w art. 214 ust. 1 pkt 11 lit. b) ustawy Prawo zamówień publicznych oraz dokumentów dotyczących lub związanych z negocjacjami prowadzonymi pomiędzy Zamawiającym, a Miejskim Przedsiębiorstwem Oczyszczania w m.st. Warszawie sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie.
3. Dochowując należytej staranności, Odwołujący wystąpił o udostępnienie tych informacji i dokumentów niezwłocznie po powzięciu informacji o opublikowaniu ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy, zwracając się o ich udostępnienie w trybie przewidzianym w Pzp dla dostępu do dokumentacji postępowania. Do dnia wniesienia odwołania Zamawiający nie udostępnił Odwołującemu protokołu postępowania wraz z załącznikami, co stanowi naruszenie przepisu art. art. 74 ust. 2 Pzp w zw. z art. 18 Pzp w zw. z §5 rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy

i Technologii z dnia 18 grudnia 2020 r. w sprawie protokołów postępowania oraz dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

IX. Zarzut dotyczący nadużycia przez Zamawiającego pozycji dominującej.

1. Biorąc pod uwagę, że jak wykazano powyżej nie zostały spełnione przesłanki do udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki, należy stwierdzić, że Zamawiający dopuścił się rażącego naruszenia podstawowej zasady prawa zamówień publicznych wyrażonej w art. 16 Pzp tj. zasady przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości. Jak stwierdzono w wyroku KIO z dnia 27 grudnia 2017 r., sygn. akt KIO 2567/17 **„Wyeliminowanie konkurencji poprzez bezpodstawne udzielenie zamówienia w trybie z wolnej ręki stanowi jeden z najbardziej jaskrawych przykładów naruszenia zasad, jakimi powinien kierować się Zamawiający zgodnie z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.”**
2. Działanie Zamawiającego polegające na udzieleniu zamówienia w trybie z wolnej ręki, w sytuacji gdy nie zostały spełnione materialnoprawne przesłanki do zastosowania tego trybu stanowi również naruszenie art. 18 ust. 1 Dyrektywy, który wprost stanowi: **„Instytucje zamawiające zapewniają równe i niedyskryminacyjne traktowanie wykonawców oraz działają w sposób przejrzysty i proporcjonalny. Zamówień nie organizuje się w sposób mający na celu wyłączenie zamówienia z zakresu zastosowania niniejszej dyrektywy lub sztuczne zawężanie konkurencji. Uznaje się, że konkurencja została sztucznie zawężona, gdy zamówienie zostaje zorganizowane z zamiarem nieuzasadnionego działania na korzyść lub niekorzyść niektórych wykonawców.”** Na gruncie niniejszej sprawy nie pozostawia wątpliwości, że działanie Zamawiającego podjęte w celu udzielenia zamówienia w trybie zamówienia z wolnej ręki miało na celu wyłączenie zamówienia z zakresu zastosowania Dyrektywy oraz sztuczne zawężenie konkurencji, gdyż zostało zorganizowane w zamiarem nieuzasadnionego działania na korzyść konkretnego wykonawcy - MPO.
3. Jest to tym bardziej znaczące, jeśli wziąć pod uwagę fakt, że jak już wyżej podnoszono, MPO nie posiadają odpowiednich zasobów, w tym odpowiednich zasobów technicznych niezbędnych do świadczenia usług objętych przedmiotem zamówienia.
4. Działania podjęte przez Zamawiającego w celu udzielenia MPO zamówienia w trybie z wolnej ręki wypełniają również dyspozycję przepisu art.9 ust. 2 pkt 5 uokik. Zgodnie z art. 9 ust. 1 uokik, zakazane jest nadużywanie pozycji dominującej na rynku właściwym przez jednego lub kilku przedsiębiorców. Na gruncie definicji zawartej w art. 4 pkt 1 uokik, nie budzi wątpliwości, że zarówno Zamawiający jak i MPO, która będzie stroną umowy są przedsiębiorcami. Świadcząc usługi o charakterze użyteczności publicznej (samodzielnie lub poprzez podmioty zewnętrzne) tu: w zakresie odbioru odpadów komunalnych Zamawiający jest przedsiębiorcą. Wynika to z orzecznictwa, w tym w szczególności wyroku Sądu Najwyższego z 20.11.2008 r., III SK 12/08. Zgodnie bowiem z uchwałą Trybunału Konstytucyjnego z 17 marca 1997 (W/96) za zadania

o charakterze użyteczności publicznej należy uważać zadania, których celem jest zaspokajanie zbiorowych potrzeb ludności w drodze świadczenie usług powszechnie dostępnych. Trybunał postulował szeroką definicję.

5. **Za reprezentatywny w tym zakresie należy uznać wyrok Sądu Najwyższego - Izba Cywilna z dnia 26 stycznia 2017 r., sygn. akt I CSK 252/15: „Rozpocząć należy od odpowiedzi na podstawowe pytanie, czy gmina jako jednostka samorządu terytorialnego może podlegać przepisom o ochronie konkurencji. Pozytywną odpowiedź na to pytanie zawiera art. 4 pkt 1 a ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (t.j. Dz.U. z 2015 r. poz. 184 ze zm., dalej powołana jako OchrKonkurU). Zgodnie z powołanym przepisem przedsiębiorcą, do którego stosuje się przepisy tej ustawy jest również osoba prawna organizująca lub świadcząca usługi o charakterze użyteczności publicznej. Nie ulega wobec tego wątpliwości, że pozwane miasto organizujące usługi na w. rynku usług transportu autobusowego, jest przedsiębiorcą do którego stosuje się przepisy tej ustawy. W związku z tym podział rynku tych usług podlega ocenie między innymi z punktu widzenia regulacji zawartej w art. 9 OchrKonkurU. Przepis ten zakazuje nadużywania pozycji dominującej na rynku właściwym każdemu przedsiębiorcy lub przedsiębiorcom działającym na rynku właściwym. Przez rynek właściwy art. 4 pkt 9 w związku z art. 4 pkt 7 OchrKonkurU rozumie zaś rynek usług, które ze względu na ich przeznaczenie, cenę oraz właściwości, w tym jakość, są uznawane przez ich nabywców za substytuty oraz są oferowane na obszarze, na którym, ze względu na ich rodzaj i właściwości, istnienie barier dostępu do rynku, preferencje konsumentów, znaczące różnice cen i koszty transportu, panują zbliżone warunki konkurencji. Jak wynika z powołanych przepisów rynkiem, na którym należy badać czy pozwane miasto nie nadużywa pozycji dominującej jest cały w. rynek usług autobusowych, gdyż co podkreślił także Sąd Apelacyjny, powód i ZA świadczą usługi, w tym samym miejscu, dla tych samych odbiorców, operują tymi samymi środkami i korzystają z tej samej infrastruktury miejskiej. Dla oceny czy pozwany dopuścił się nadużycia pozycji dominującej należy zbadać jego zachowanie biorąc pod uwagę, co przepis art. 9 OchrKonkurU rozumie przez nadużycie pozycji dominującej. W szczególności wymaga zbadania czy podział rynku w proporcji 70 % dla ZA i 30 % dla pozostałych przedsiębiorców jest uzasadniony. W tym kontekście należy podkreślić, że uprawnienie pozwanego do organizowania rynku usług autobusowych nie przekreśla możliwości oceny jego zachowania pod kątem nadużywania pozycji dominującej, w szczególności czy nie jest przypadkiem tzw. dławienia konkurencji. Nawet więc gdy gmina zorganizuje świadczenie usług transportowych w taki sposób, że powierzy ich wykonanie tylko jednemu przedsiębiorcy całkowicie zależnemu od gminy, nie wyklucza to oceny jej zachowania przez pryzmat przepisów o ochronie konkurencji. Tym bardziej jest to dozwolone w stanie faktycznym rozpoznawanej sprawy.”**
6. Stosownie do art. 9 ust. 2 pkt 5 uokik, nadużywanie pozycji dominującej polega na przeciwdziałaniu ukształtowania się warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji. Działania Zamawiającego, który jest podmiotem organizującym rynek właściwy (rynek odbioru odpadów na terenie m.st.

Warszawy) zmierzające do udzielenia zamówienia w trybie niekonkurencyjnym, a zatem wyłączające możliwość uzyskania zamówienia na realizację świadczenie usługi odbioru odpadów na terenie m.st. Warszawy przez inne podmioty niż MPO z całą pewnością przeciwdziałają ukształtowaniu warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji. *De facto* wyłączają bowiem jakąkolwiek konkurencję w tym zakresie na obszarze m.st. Warszawy objętym przedmiotem zamówienia.

X. Zarzut wszczęcia postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki z naruszeniem podstawowych zasad TFUE.

1. *Zgodnie z motywem 1 Dyrektywy „**Udzielanie zamówień publicznych przez instytucje państw członkowskich lub w imieniu tych instytucji musi być zgodne z zasadami Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (TFUE), a w szczególności z zasadą swobodnego przepływu towarów, swobody przedsiębiorczości oraz swobody świadczenia usług, a także z zasadami, które się z nich wywodzą, takimi jak: zasada równego traktowania, zasada niedyskryminacji, zasada wzajemnego uznawania, zasada proporcjonalności oraz zasada przejrzystości.** W odniesieniu do zamówień publicznych o wartości powyżej określonej kwoty należy jednak ustanowić przepisy koordynujące krajowe procedury udzielania zamówień w celu zagwarantowania, że zasady te mają praktyczne zastosowanie, a zamówienia publiczne są otwarte na konkurencję.”*
2. Artykuł 12 Dyrektywy, zatytułowany zamówienia publiczne pomiędzy podmiotami sektora publicznego w ust. 1 stanowi: *„Zamówienie publiczne udzielone przez instytucję zamawiającą osobie prawa prywatnego lub publicznego nie jest objęte zakresem stosowania niniejszej dyrektywy, jeżeli spełnione są wszystkie następujące warunki: Uznaje się, że instytucja zamawiająca sprawuje nad daną osobą prawną kontrolę podobną do kontroli, jaką sprawuje nad własnymi jednostkami w rozumieniu akapitu pierwszego lit. a), jeżeli wywiera decydujący wpływ zarówno na cele strategiczne, jak i na istotne decyzje kontrolowanej osoby prawnej. Kontrolę tę może sprawować także inna osoba prawna, która sama jest kontrolowana w ten sam sposób przez instytucję zamawiającą.*
 - a) *instytucja zamawiająca sprawuje nad daną osobą prawną kontrolę podobną do kontroli, jaką sprawuje nad własnymi jednostkami;*
 - b) *ponad 80 % działalności kontrolowanej osoby prawnej jest prowadzone w ramach wykonywania zadań powierzonych jej przez instytucję zamawiającą sprawującą kontrolę lub przez inne osoby prawne kontrolowane przez tę instytucję zamawiającą; oraz*
 - c) *w kontrolowanej osobie prawnej nie ma bezpośredniego udziału kapitału prywatnego, z wyjątkiem form udziału kapitału prywatnego o charakterze niekontrolującym i nieblokującym, wymaganych na mocy krajowych przepisów ustawowych, zgodnie z Traktatami, oraz nie wywierających decydującego wpływu na kontrolowaną osobę prawną.”*

Artykuł 12 Dyrektywy został implementowany w art. 214 ust. 1 pkt 11 Pzp (wcześniej art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych).

3. W cytowanym już powyżej art. 18 ust. 1 Dyrektywy, zatytułowanym zasady udzielania zamówień publicznych wskazano: **„Instytucje zamawiające zapewniają równe i niedyskryminacyjne traktowanie wykonawców oraz działają w sposób przejrzysty i proporcjonalny. Zamówień nie organizuje się w sposób mający na celu wyłączenie zamówienia z zakresu zastosowania niniejszej dyrektywy lub sztuczne zawężanie konkurencji. Uznaje się, że konkurencja została sztucznie zawężona, gdy zamówienie zostaje zorganizowane z zamiarem nieuzasadnionego działania na korzyść lub niekorzyść niektórych wykonawców.”**
4. Ponadto, w motywie 31 Dyrektywy, wskazano: **„Zastosowanie przepisów dotyczących zamówień publicznych nie powinno jednak zakłócać swobody organów publicznych w zakresie wykonywania powierzonych im zadań dotyczących usług publicznych poprzez wykorzystanie ich własnych zasobów, co obejmuje możliwość współpracy z innymi organami publicznymi. Należy zagwarantować, że żadna współpraca publiczno-publiczna podlegająca wyłączeniu nie skutkuje zakłóceniem konkurencji w odniesieniu do prywatnych wykonawców, w zakresie, w jakim współpraca taka stawia prywatnego usługodawcę w sytuacji przewagi nad jego konkurentami.”**
5. Na gruncie przytoczonych powyżej postanowień Dyrektywy, Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej udzielając odpowiedzi na pytania prejudycjalne, w wyroku z dnia 3 października 2019 r. w sprawie C-285/18 orzekł, że **„Udzielenie zamówienia typu in-huse, które spełnia warunki określone w art. 12 ust. 1 lit. a) - c) dyrektywy 2014/24, nie jest samo w sobie zgodne z prawem Unii”**. Trybunał uznał, że fakt, iż zamówienie spełnia warunki określone w tym przepisie Dyrektywy nie zwalnia państwa członkowskiego ani instytucji zamawiającej, od poszanowania zasad równego traktowania, niedyskryminacji, proporcjonalności i przejrzystości wyrażonych w TFUE. Jak podkreślono w wyroku **„Swoboda państw członkowskich w zakresie wyboru sposobu świadczenia usług, który uznają za najbardziej odpowiedni dla wykonania robót budowlanych, nie może jednak być nieograniczona. Przeciwnie, należy z niej korzystać z poszanowaniem podstawowych zasad TFUE, a w szczególności zasad: swobodnego przepływu towarów, swobody przedsiębiorczości oraz swobody świadczenia usług, a także z zasadami z nich wynikającymi, takimi jak zasada równego traktowania, zasada niedyskryminacji, zasada wzajemnego uznawania, zasada proporcjonalności oraz zasada przejrzystości (zob. analogicznie wyroki z dnia 9 lipca 1987 r., CEI i Bellini, 27/86-29/86, EU:C:1987:355, pkt 15; z dnia 7 grudnia 2000 r., Telaustria i Telefonadress, C-324/98, EU:C:2000:669, pkt 60; z dnia 10 września 2009 r., Sea, C-573/07, EU:C:2009:532, pkt 38).”**
6. Nawet gdyby uznać, że na gruncie przedmiotowej sprawy zachodzą przesłanki określone w art. 214 ust. 1 pkt 11 Pzp, to i tak udzielenie zamówienia na odbiór odpadów na terenie m.st. Warszawy w trybie zamówienia z wolnej ręki należy uznać za niedopuszczalne, gdyż jego udzielenie skutkowałoby naruszeniem

podstawowych zasad TFUE, w szczególności zasady swobodnego przepływu towarów, swobody przedsiębiorczości oraz swobody świadczenia usług, a także zasad które się z nich wywodzą, takich jak zasady równego traktowania, niedyskryminacji, wzajemnego uznawania i przejrzystości. Fakt, iż zostały spełnione przesłanki określone w tym przepisie nie uprawnia Zamawiającego do bezrefleksyjnego udzielenia zamówienia w trybie niekonkurencyjnym, gdyż każdorazowo konieczne jest zbadanie czy poprzez jego udzielenie nie zostaną naruszone podstawowe zasady TFUE.

7. W tym zakresie aktualna pozostaje argumentacja przedstawiona na gruncie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 9 ust. 2 pkt 5 uokik. Należy zauważyć, że nadużywanie pozycji dominującej jest zakazane nie tylko na gruncie przepisów uokik, ale również na gruncie Dyrektywy. Zgodnie bowiem z art. 102 Dyrektywy „*niezgodne z rynkiem wewnętrznym i zakazane jest nadużywanie przez jedno lub większą liczbę przedsiębiorstw pozycji dominującej na rynku wewnętrznym lub na znacznej jego części, w zakresie, w jakim może wptywać na handel między Państwami Członkowskimi.*”
8. Zamawiający ani w ogłoszeniu ani w informacji nie wykazał, że udzielenie zamówienia nie będzie skutkowało zawężeniem konkurencji i nie będzie stanowiło nadużycia pozycji dominującej. Nie wykazał, że planując zamówienie przeprowadził jakąkolwiek analizę wpływu udzielenia zamówienia na konkurencję na rynku właściwym dla przedmiotowego zamówienia. Wykazanie tych okoliczności było konieczne biorąc pod uwagę fakt, że na rynku działają wykonawcy, którzy posiadają zdolności niezbędne do realizacji zamówienia, a zawarcie z nimi umowy umożliwiłoby Zamawiającemu zapewnienie dobrej jakości, dostępności i ciągłości świadczonych usług. W tym miejscu należy zauważyć, że w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego przez Zamawiającego na ten sam przedmiot zamówienia w 2018r. **o udzielenie zamówienia ubiegało się łącznie 10 podmiotów świadczących usługi odbioru odpadów**, które w zależności od części występowały samodzielnie lub w ramach konsorcjum.
9. Niezależnie od powyższego wskazać należy, że zgodnie z art. 9b w zw. z art. 9c ust.1 ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu porządku i czystości w gminach działalność w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości jest działalnością regulowaną w rozumieniu ustawy z dnia 6 marca 2018 r. - Prawo przedsiębiorców, a przedsiębiorca odbierający odpady komunalne od właścicieli nieruchomości jest obowiązany do uzyskania wpisu do rejestru w gminie, na terenie której zamierza odbierać odpady komunalne od właścicieli nieruchomości.
10. Z dostępnego na stronie internetowej (https://rejestrodpadykomunalne.um.warszawa.pl/Rejestr_lst.aspx) rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości wynika, że poza MPO do rejestru działalności regulowanej wpisanych jest 49 innych przedsiębiorców. Oznacza to, że wszystkie te podmioty są aktywnymi uczestnikami rynku właściwego, na którym Zamawiający zamierza udzielić zamówienia *in-house* oraz potencjalnie wszystkie

te podmioty posiadają formalnoprawną oraz faktyczną zdolność do wykonania zamówienia, które w trybie bezprzetargowym ma uzyskać MPO.

11. Podsumowując, udzielenie zamówienia w trybie niekonkurencyjnym niewątpliwie wpłynie zatem negatywnie nie tylko na konkurencję na rynku krajowym, ale również doprowadzi do zakazanego w świetle przepisu art. 49 TFUE ograniczenia swobody przedsiębiorczości, a także ograniczenia w swobodnym świadczeniu usług (art. 56 TFUE) na rynku europejskim.
12. Zamawiający nie wykazał również w żaden sposób, że udzielenie zamówienia w tym trybie będzie korzystne dla końcowych odbiorców tych usług, czyli mieszkańców, którzy ponoszą koszty funkcjonowania systemu odbioru odpadów na terenie m.st. Warszawy.

XI. W związku z powyższą argumentacją, wnoszę o uwzględnienie odwołania.

Załączniki:

1. Pełnomocnictwo wraz z potwierdzeniem uiszczenia opłaty skarbowej;
2. Odpis z KRS Odwołującego;
3. Dowód uiszczenia wpisu od odwołania;
4. Dowód przestania kopii odwołania Zamawiającemu.