

Warszawa, 24 stycznia 2022 roku

Do:

**Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej
ul. Postępu 17a, 02-676 Warszawa**

Zamawiający:

Miasto Stołeczne Warszawa
Urząd m.st. Warszawy
reprezentowanego przez Prezydenta m.st. Warszawy
Pl. Bankowy 3/5, 00-950 Warszawa
e-mail: zamowieniabzp@um.warszawa.pl
REGON 015259640

Odwołujący:

**PARTNER Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością
Spółka komandytowa**
ul. Płytowa 1, 03-046 Warszawa
KRS: 822430

reprezentowany przez pełnomocnika:

r. pr. Tomasz Michalczyka
z kancelarii prawnej
Domański Zakrzewski Palinka sp. k.
adres do doręczeń:
ul. Rondo ONZ 1, XXI piętro, 00-124 Warszawa
e-mail: tomasz.michalczyk@dzp.pl
faks: 22 557 76 01
tel.: 22 557 76 00

Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Odbiór odpadów komunalnych z dzielnic m.st. Warszawy Białołęka, Targówek, Ochota, Ursus, Włochy, Śródmieście, Bemowo, Wola i Mokotów”, numer referencyjny ZP/JK/271/IV-172/21, ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy opublikowano w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 2022/BZP 00020418 w dniu 14 stycznia 2022 roku („**Postępowanie**”).

ODWOŁANIE

1. Działając na podstawie art. 513 ustawy Prawo zamówień publicznych¹ („PZP”) i art. 505 ust. 1 PZP w związku z art. 515 ust. 3 pkt 1 PZP w imieniu **PARTNER Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa** z siedzibą w Warszawie (adres: ul. Płytowa 1, 03-046 Warszawa), („**Odwołujący**”) w oparciu o udzielone mi pełnomocnictwo (**Załącznik nr 3 do niniejszego odwołania**), niniejszym **zaskarżam czynność podjętą przez Miasto Stołeczne Warszawa** reprezentowane przez Prezydenta m.st. Warszawy (adres: Pl. Bankowy 3/5, 00-950 Warszawa) („**Zamawiający**”, „**Miasto**”) polegającą na wszczęciu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie z wolnej ręki pn. „Odbiór odpadów komunalnych z dzielnic m.st. Warszawy Białołęka, Targówek, Ochota, Ursus, Włochy, Śródmieście, Bemowo, Wola i Mokotów”, numer referencyjny ZP/JK/271/IV-172/21, i zamiarze jego udzielenia **Miejskiemu Przedsiębiorstwu Oczyszczania w m.st. Warszawie sp. z o.o.** (adres: ul. Obozowa 43, 01-161 Warszawa) („**MPO Warszawa**”) zgodnie z informacją o zamiarze zawarcia umowy opublikowaną w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr 2022/BZP 00020418 z dnia 14 stycznia 2022 r. („**Ogłoszenie**”).

2. Opisaną powyżej czynności Zamawiających **zarzucam naruszenie:**
 - 2.1. art. 214 ust. 1 pkt 11 PZP w zw. z art. 216 ust. 1 w zw. z art. 272 PZP w zw. z pkt. 4 ppkt 2) oraz pkt. 5 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) („**Rozporządzenie**”) oraz w zw. z art. 16 pkt 2) PZP – **poprzez** brak zamieszczenia pełnego uzasadnienia faktycznego i prawnego wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki w Ogłoszeniu, **podczas gdy** informacje te są wymagane i konieczne, co wynika wprost z przywołanych przepisów;

 - 2.2. art. 214 ust. 1 pkt 11 PZP w zw. z art. 216 ust. 1 w zw. z art. 272 PZP w zw. z pkt. 3 ppkt 8) Załącznika nr 2 do Rozporządzenia w zw. z art. 16 pkt 2) PZP – **poprzez** brak zamieszczenia w Ogłoszeniu w ramach informacji dotyczących *krótkiego opisu przedmiotu zamówienia* informacji o zakresie, rodzaju i ilości odpadów, które miałyby stanowić przedmiot zamówienia oraz okresu, na jaki miałyby zostać zawarta przedmiotowa umowa, **podczas gdy** informacje te są wymagane i konieczne, co wynika wprost z przywołanych przepisów;

 - 2.3. art. 214 ust. 1 pkt 11 lit. a) PZP w związku z art. 12 ust. 1 lit. a) Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE² („**Dyrektywa 2014/24/UE**”) – **poprzez przyjęcie**, że możliwym jest udzielenie zamówienia przez Zamawiającego wykonawcy MPO Warszawa, **podczas gdy** Zamawiający nie sprawuje nad MPO Warszawa kontroli, która odpowiada kontroli sprawowanej nad jej własnymi jednostkami;

¹ Ustawa z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 ze zm.).

² Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE (Dz.U. UE L 94 z 28.03.2014, str. 65).

- 2.4. art. 214 ust. 1 pkt 11 lit. b) PZP w związku z art. 214 ust. 5 PZP oraz art. 12 ust. 1 lit. b) w zw. z art. 12 ust. 5 Dyrektywy 2014/24/UE – **poprzez brak wykazania spełnienia przesłanki** dotyczącej średniego przychodu za 3 lata poprzedzające udzielenie planowanego zamówienia dotyczące MPO Warszawa, w tym brak dowodów, w związku z czym nie można ustalić procentu działalności wykonywanej przez MPO Warszawa na potrzeby zastosowania trybu z wolnej ręki,
- 2.5 art. 214 ust. 1 pkt 11 PZP w związku z art. 214 ust. 9 PZP w zw. z art. 58 kodeksu cywilnego³ – **poprzez** przyjęcie, że możliwym jest udzielenie zamówienia przez Zamawiającego wykonawcy MPO Warszawa, którego przedmiotem ma być usługa odbioru i transportu 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, **podczas gdy** MPO Warszawa nie posiada niezbędnych zasobów technicznych i możliwości świadczenia usług odbioru i transportu tych odpadów, a tym samym nie jest możliwe, aby MPO Warszawa osobiście wykonało główne części zamówienia, które ma zostać udzielone tej spółce;
- 2.6 art. 214 ust. 1 pkt 11 PZP i innych wskazanych w treści uzasadnienia niniejszego odwołania, w tym w szczególności art. 83 PZP oraz art. 16 pkt. 1 i art. 17 ust. 1 PZP - **poprzez** przyjęcie, że w zaistniałym w sprawie stanie faktycznym zachodzą przesłanki do udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 11 PZP, a udzielenie zamówienia nie narusza zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji oraz zapewni najlepszą jakość usług w ramach dostępnych środków oraz pozwoli na uzyskanie najlepszych efektów zamówienia, w tym efektów społecznych, środowiskowych oraz gospodarczych w stosunku do poniesionych nakładów, **podczas gdy** Zamawiający nie wykazał, że zasady te zostaną zachowane, co powinno wynikać z przeprowadzenia przez Zamawiającego analizy potrzeb i wymagań, do której jest zobowiązany na podstawie art. 83 PZP;
- 2.7 art. 214 ust. 1 pkt 11 PZP w związku z art. 16 pkt 1 PZP oraz art. 17 ust. 1 PZP w związku z art. 129 ust. 2 PZP oraz art. 18 Dyrektywy 2014/24/UE w związku z art. 4 pkt 1 lit. a) w zw. z art. 9 ust. 2 pkt 5 i art. 9 ust. 3 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów⁴ ("UOKiK") a także art. 49, art. 56, art. 102 i art. 106 Traktatu o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej⁵ (TfUE) **poprzez** przyjęcie, że spełnienie przesłanek, o których mowa w art. 214 ust. 1 pkt 11 PZP i art. 12 ust. 1 Dyrektywy 2014/24/UE jest wystarczające do udzielenia zamówienia publicznego w trybie z wolnej ręki, **podczas gdy** spełnienie tych przesłanek nie jest samo w sobie zgodne z ww. bezpośrednio skutecznymi przepisami prawa UE, co wynika z orzeczenia Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej („Trybunał”) sprawie *Irgita* C-285/18), a także z przepisami prawa polskiego, w szczególności, gdy działanie Zamawiającego jest sprzeczne z zasadami konkurencji i stanowi nadużycie pozycji dominującej na rynku właściwym poprzez przeciwdziałanie ukształtowaniu się warunków

³ Ustawa z 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (tekst jednolity: Dz. U. z 2020 r., poz. 1740)

⁴ Ustawa z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (tekst jednolity: Dz. U. z 2020 r., poz. 1076, ze zm.).

niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji, a czynności prawne będące przejawem nadużywania pozycji dominującej są nieważne.

3. W związku z powyżej wskazanymi zarzutami **wnoszę o:**

- 3.1. merytoryczne rozpatrzenie przez Krajową Izbę Odwoławczą („KIO”) niniejszego odwołania i jego uwzględnienie w całości,
- 3.2. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentacji Postępowania, a także dowodów opisanych szczegółowo w treści niniejszego odwołania oraz dowodów, które zostaną powołane i przedłożone na rozprawie,
- 3.3. nakazanie Zamawiającym unieważnienia 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 niespełnienia przesłanek ustawowych zezwalających na zastosowanie takiego trybu, a wada ta nie może zostać usunięta w inny sposób,
- 3.4. nakazanie Zamawiającemu ujawnienia i udostępnienia Odwołującemu dokumentów potwierdzających stan prawny i faktyczny przedstawiony w Ogłoszeniu,
- 3.5. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów doradztwa prawnego, według norm przepisanych i zgodnie z fakturą przedstawioną przez Odwołującego na rozprawie.

4. Dodatkowo **wnoszę o:**

- 4.1 zobowiązanie Zamawiającego, na podstawie art. 536 PZP, do przedstawienia następujących informacji i dokumentów:
 - (a) dokumentów źródłowych oraz wszelkich towarzyszących im analiz, które stanowią podstawę do twierdzenia przez Zamawiającego, że sprawuje on nad MPO Warszawa kontrolę, o której mowa w art. 214 ust. 1 pkt 11 lit a) PZP,
 - (b) dokumentów źródłowych oraz wszelkich towarzyszących im analiz, które stanowią podstawę do twierdzenia przez Zamawiającego, że ponad 90% przychodów MPO Warszawa pochodzi z wykonywania zadań powierzonych tej spółce przez Zamawiającego, tj. potwierdzających spełnienie warunku, o którym mowa w art. 214 ust. 1 pkt 11 lit a) PZP;
- 4.2 dopuszczenie na podstawie art. 534 PZP w zw. z art. 538 ust. 1 i 2 PZP w zw. z art. 539 ust. 1 PZP i przeprowadzenie przez Izbę dowodu z opinii biegłego z zakresu finansów, ekonomii lub rachunkowości w zakresie oceny, jaki procent przychodów MPO Warszawa jest wynikiem realizacji *zadań powierzonych* (w rozumieniu art. 214 ust. 1 pkt 11 lit. b) PZP) tej spółce przez Zamawiającego, w szczególności, czy przychód z tych zadań wynosi ponad 90% średnich przychodów MPO Warszawa za 3 lata poprzedzające udzielenie zamówienia.

5. W związku z tym, że dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy konieczne jest dokonanie wykładni przepisów prawa unijnego, **wnoszę o skierowanie do Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej przez Skład Orzekający Krajowej Izby Odwoławczej w niniejszej sprawie następujących pytań prejudycjalnych:**

1. *Czy art. 12 ust. 1 Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej Dyrektywę 2004/18/WE w świetle wyroku Trybunału w sprawie Irgita C-285/18 należy interpretować w ten sposób, że w przypadku wyłączenia wskazanych w treści tego artykułu zamówień spod zakresu zastosowania dyrektywy, instytucje zamawiające organizując rynek usług świadczonych w ogólnym interesie gospodarczym nie są związane innymi postanowieniami TfUE, w tym w szczególności art. 49, art. 56, art. 102 i art. 106 TfUE?*

Uzasadnienie:

Zgodnie z art. 12 Dyrektywy 2014/24/UE zamówienia publiczne udzielane przez zamawiających są wyłączone spod stosowania przepisów Dyrektywy 2014/24/UE, jeśli spełnione są określone przesłanki.

Jak wynika z wyroku Trybunału w sprawie Irgita C-285/18 [u]dzielenie zamówienia typu in-house, które spełnia warunki określone w art. 12 ust. 1 lit. a)-c) dyrektywy 2014/24, nie jest samo w sobie zgodne z prawem Unii.

Równocześnie, jak wynika z motywu 1 preambuły Dyrektywy 2014/24/UE, [u]dzielenie 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.

Zamówienia, które są wyłączone spod zakresu stosowania Dyrektywy 2014/24/UE nadal podlegają zatem regułom i zasadom Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (TfUE). Nie istnieje przy tym orzecznictwo Trybunału dotyczące zakresu, w jakim reguły i zasady TfUE mają mieć zastosowanie do zamówień wyłączonych na podstawie art. 12, w szczególności w kontekście stanowiska, które Trybunał zajął w sprawie Irgita C-285/18.

Dla rozstrzygnięcia niniejszego odwołania, w szczególności zarzutu wskazanego w pkt 2.7 *petitum*, konieczna jest zatem wykładnia art. 12 Dyrektywy 2014/24/UE oraz przepisów TfUE, w tym wskazanie, czy i w jakim zakresie do udzielania takich zamówień mają zastosowanie w szczególności art. 49, art. 56, art. 102 i art. 106 TfUE, a jeśli przepisy te mają zastosowanie, to jakie są tego konsekwencje dla udzielania tzw. zamówień in-house.

2. *Czy użyte w art. 12 ust. 1 lit. b) Dyrektywy 2014/24/UE sformułowanie „...w ramach wykonywania zadań powierzonych” należy interpretować jako obejmujące wyłącznie zadania, które zostały zlecone danemu podmiotowi z wyłączeniem stosowania*

przepisów Dyrektywy 2014/24/UE w sposób bezpośredni (bez przeprowadzenia konkurencyjnego postępowania), czy też obejmuje ono również sytuacje, w których określone zadanie zostało zlecone danemu podmiotowi po uprzednim przeprowadzeniu postępowania konkurencyjnego na podstawie przepisów Dyrektywy 2014/24/UE?

Uzasadnienie:

W ramach Dyrektywy 2014/24/UE zdefiniowano pojęcie zamówienia publicznego (por. art. 2 ust. 1 pkt 5). Tymczasem w art. 12 ust. 1 lit. b) posłużono się pojęciem „zadań powierzonych”, którego to pojęcia nie zdefiniowano ani w Dyrektywie 2014/24/UE, ani innym akcie prawa unijnego w zakresie dotyczącym zamówień publicznych. Dla rozstrzygnięcia niniejszego odwołania, w szczególności w kontekście zarzutów wskazanych w pkt 2.3 i pkt 2.4 *petitum*, konieczne jest dokonanie jego wykładni przez Trybunał. Jest to tym bardziej uzasadnione, że pojęcie to (lub raczej jego rozumienie) ma kluczowe znaczenie dla wykładni art. 12 Dyrektywy 2014/24/UE. Należy przy tym wskazać, że art. 12 Dyrektywy 2014/24/UE jako zawierający wyjątek od stosowania jej przepisów powinien podlegać wykładni zawężającej (por. wyrok Trybunału w sprawie *Bayerischer Rundfunk C-337/06*, pkt 64).

3. *Czy warunki wskazane w art. 12 Dyrektywy 2014/24/UE powinny być spełnione zawsze w sytuacji, w której podmiot mający status „zamawiającego” zamierza zlecić wykonanie usług, dostaw lub robót budowlanych podmiotowi, który ma odrębną od niego osobowość prawną, czy też warunki te powinny być spełnione jedynie, gdy zlecenie takie następuje w formie umowy prawa cywilnego? Jeśli warunki wskazane w art. 12 Dyrektywy 2014/24/UE powinny być spełnione zawsze w sytuacji, w której podmiot mający status zamawiającego zamierza zlecić wykonanie usług, dostaw lub robót budowlanych podmiotowi, który ma odrębną od niego osobowość prawną, to czy do takiego zlecenia znajdą zastosowanie te same zasady dotyczące np. możliwości (lub braku możliwości) korzystania przez „wykonawcę” z podwykonawstwa dotyczącego tak zleconych mu usług, dostaw lub robót budowlanych?*

Uzasadnienie:

Z punktu widzenia skutku danej czynności, tj. zlecenia wykonania danej roboty budowlanej, dostawy lub usługi, nie ma znaczenia, czy zostaje ona zlecona na podstawie umowy cywilnoprawnej, czy w innej formie, w tym akcie o charakterze administracyjnym. W ten sposób zostało to ujęte w Rozporządzeniu (WE) nr 1370/2007 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 23 października 2007 r. dotyczące usług publicznych w zakresie kolejowego i drogowego transportu pasażerskiego oraz uchylające rozporządzenia Rady (EWG) nr 1191/69 i (EWG) nr 1107/70⁶, w którym w art. 2 lit. i) wskazano, że:

⁶ Dz. U. UE z 3.12.2007, seria L 315, str. 1–13

„umowa o świadczenie usług publicznych” oznacza jeden lub kilka aktów wiążących prawnie, potwierdzających porozumienie zawarte pomiędzy właściwym organem a podmiotem świadczącym usługi publiczne, w sprawie powierzenia temu podmiotowi świadczącemu usługi publiczne zarządzania usługami pasażerskiego transportu publicznego podlegającymi zobowiązaniom z tytułu świadczenia usług publicznych oraz świadczenie tych usług; w zależności od prawa państw członkowskich umowa może mieć również formę decyzji właściwego organu, która:

- *stanowi indywidualny akt ustawodawczy lub wykonawczy,*
albo
- *zawiera warunki, zgodnie z którymi właściwy organ samodzielnie świadczy usługi lub powierza ich świadczenie podmiotowi wewnętrznemu;*

Dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy wykładni przepisów prawa unijnego w tym zakresie ma kluczowe znaczenie dla zarzutów wskazanych w pkt 2.3 i pkt 2.4 *petitum*.

4. *Czy art. 12 ust. 1 Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej Dyrektywę 2004/18/WE należy interpretować w ten sposób, że pozwala on na sytuację, w której całość lub istotna część zamówienia, które zostaje udzielone wykonawcy na jego podstawie, została przez tego wykonawcę następnie podzlecona innemu wykonawcy, którego nie wiążą z zamawiającym (zamawiającymi) jakiegokolwiek relacje, czy też, że mechanizm tzw. zamówień in-house wymaga, aby całość lub istotna część zamówienia udzielanego na jego podstawie była wykonywana osobiście przez wykonawcę, któremu zostaje ono udzielone?*

Uzasadnienie:

Dyrektywa 2014/24/UE nie zawiera regulacji dotyczącej możliwości lub zakazu podzlecenia przez wykonawcę robót budowlanych, dostaw lub usług, które zamawiający udziela mu jako zamówienia publicznego z wyłączeniem stosowania Dyrektywy 2014/24/UE na podstawie jej art. 12.

Co do zasady, w przypadku zamówień udzielanych na podstawie Dyrektywy 2014/24/UE, istnieje możliwość ich podzlecenia przez wykonawcę.

Interpretacja art. 12 Dyrektywy 2014/24/UE w tym zakresie jest konieczna dla rozstrzygnięcia zarzutów wskazanych w pkt 2.3, pkt 2.4 i 2.5 *petitum*, niniejszego odwołania.

5. *Czy art. 12 ust. 1 lit. b) Dyrektywy 2014/24UE należy interpretować w ten sposób, że dla obliczania minimum 90% przychodów uzyskiwanych przez kontrolowaną osobę prawnej w ramach wykonywania zadań powierzonych przez zamawiającego, który udziela jej danego zamówienia, wlicza się przychody z zadań powierzonych, które to zadania dana osoba prawna zleca swoim podwykonawcom, czy też wlicza się jedynie przychody, z zadań powierzonych, które dana osoba prawna wykonuje osobiście?*

Uzasadnienie:

Kwestia warunku dotyczącego przychodów uzyskiwanych przez kontrolowaną osobę prawną w ramach wykonywania zadań powierzonych przez zamawiającego ma z jednej strony wskazywać na charakter tej osoby prawnej jako podmiotu rzeczywiście świadczącego określone usługi, dostawy lub roboty budowlane na rzecz zamawiającego, z drugiej zaś ma na celu ograniczenie możliwości działania tej osoby prawnej na rynku konkurencyjnym.

W przypadku, gdyby wykładnia art. 12 ust. 1 Dyrektywy 2014/24/UE dopuszczała możliwość podzlecenia zadań powierzonych danej osobie prawnej przez kontrolującego ją zamawiającego, a równocześnie pozwalała, aby na potrzeby warunku, o którym mowa w art. 12 ust. 1 lit. b) wliczać wszystkie przychody uzyskiwane od zamawiającego z tytułu powierzenia niezależnie od tego, czy zadanie powierzone jest następnie w całości/w części podzlecane do realizacji innym podmiotom, prowadziłyby to sprowadzenia takiej osoby prawnej do roli „pośrednika”, a nie podmiotu faktycznie realizującego powierzone zadania.

Wykładnia art. 12 Dyrektywy 2014/24/UE w tym zakresie jest konieczna dla rozstrzygnięcia zarzutów wskazanych w pkt 2.3, pkt 2.4 i 2.5 *petitum petitum*, niniejszego odwołania.

Wymagania formalne odwołania

W związku z faktem, że wartość przedmiotu zamówienia objętego Postępowaniem przekracza progi unijne zgodnie z art. 515 ust. 3 pkt 1 PZP odwołanie wnosi się w terminie 10 dni od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia.

O tym, że **wartość zamówienia przekracza wysokość progów unijnych** świadczy jednoznacznie punkt III.3.5) Ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy opublikowanego w Biuletynie Zamówień Publicznych, **zgodnie z którym całkowita wartość zamówienia wynosi 973 781 801,06 PLN.**

Wspomniane powyżej ogłoszenie zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 14 stycznia 2022 r.

W świetle powyższego niniejsze odwołanie zostało wniesione w wymaganym przepisami PZP terminie, tj. do 24 stycznia 2022 r. włącznie.

Jednocześnie Odwołujący informuje, że zgodnie z dyspozycją art. 516 ust. 2 pkt 1 PZP wpis od odwołania w kwocie 15.000 złotych został uiszczony przed dniem wniesienia odwołania, a dowód uiszczenia wpisu jest załączony do odwołania (**Załącznik nr 4 do niniejszego odwołania**).

Interes Odwołującego we wniesieniu odwołania

Odwołujący jest uprawniony do wniesienia niniejszego odwołania, ponieważ spełnione zostały przesłanki określone w art. 505 ust. 1 PZP.

Odwołujący wskazuje, iż zaskarżone czynności Zamawiających naruszają interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia, poprzez niezasadne zastosowanie przez Zamawiających trybu zamówienia z wolnej ręki z pominięciem innych zainteresowanych wykonawców, w tym Odwołującego. Bezpośrednim następstwem dokonanych naruszeń przepisów PZP jest szkoda w majątku Odwołującego w postaci braku możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia, do którego wykonywania Odwołujący jest w pełni zdolny i deklaruje taką gotowość.

W przypadku uznania przez Krajową Izbę Odwoławczą zasadności odwołania, a następnie po dokonaniu przez Zamawiających żądanych czynności, Odwołujący będzie mógł uzyskać przedmiotowe zamówienie, co niewątpliwie jest zgodne z jego interesem.

Powyższe niezbitcie dowodzi wykazanie przez Odwołującego przesłanek z art. 505 ust. 1 PZP uprawniających do wniesienia odwołania.

UZASADNIENIE

2. WPROWADZENIE

2.1 Dla lepszej czytelności merytorycznego stanowiska w sprawie Odwołujący w pierwszej kolejności przedstawi opis stanu faktycznego (punkt 3 treści uzasadnienia niniejszego odwołania) a następnie, w kolejnych punktach zaprezentuje uzasadnienie dla poszczególnych zarzutów odwołania (punkty 4 – 10 treści uzasadnienia niniejszego odwołania).

3. STAN FAKTYCZNY

3.1 Zamawiający 14 stycznia 2022 r. opublikował w Biuletynie Zamówień Publicznych ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy na usługi pn. „Odbiór odpadów komunalnych z dzielnic m.st. Warszawy Białołęka, Targówek, Ochota, Ursus, Włochy, Śródmieście, Bemowo, Wola i Mokotów”.

3.2 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 Białołęka, Targówek, Ochota, Ursus, Włochy, Śródmieście, Bemowo i Wola) oraz od 1 października 2022 r. (dzielnica Mokotów)*”.

Dowód: Ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy (*Załącznik nr 5 do odwołania*).

3.3 W Ogłoszeniu wskazano, iż podmiotem, któremu Zamawiający zamierza udzielić zamówienia w trybie z wolnej ręki jest MPO Warszawa.

3.4 Jako podstawę skorzystania z trybu zamówienia z wolnej ręki, Zamawiający wskazał art. 214 ust. 1 pkt 11 PZP.

- 3.5 Poza Ogłoszeniem i informacjami w nim zawartymi (o tym szczegółowo w zakresie zarzutu nr 1 poniżej), Zamawiający nie zamieścił żadnych dodatkowych informacji lub dokumentów.
- 3.6 Odwołujący, w celu zweryfikowania twierdzeń zawartych w Ogłoszeniu, skierował do Zamawiającego w dniu 17 stycznia 2022 r. w trybie art. 10 ust. 1 ustawy o dostępie do informacji publicznej wniosek o dostęp do szeregu dokumentów związanych z prowadzonym Postępowaniem (szczegółowo wskazanych w tym piśmie), a także w trybie art. 74 PZP wniosek o dostęp do protokołu prowadzonego Postępowania. Do dnia wniesienia niniejszego odwołania wszystkie złożone wnioski skierowane do Zamawiającego pozostały bez odpowiedzi.

Dowód: Wniosek o dostęp do informacji skierowany do Zamawiającego (**Załącznik nr 6 do odwołania**).

4. UZASADNIENIE ZARZUTU Z PUNKTU 2.1 PETITUM - BRAK ZAMIESZCZENIA INFORMACJI DOTYCZĄCEJ UZASADNIENIA WYBORU TRYBU UDZIELENIA ZAMÓWIENIA Z WOLNEJ RĘKI

4.1 Zgodnie z art. 216 ust. 1 w zw. z art. 272 PZP w ogłoszeniu o zamiarze zawarcia umowy zamawiający ma obowiązek wskazania danych i informacji określonych w Załączniku 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), w tym m.in.:

- a) uzasadnienie faktyczne i prawne wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki (pkt. 4 ppkt 2) Załącznika nr 2 do Rozporządzenia).

4.2 Jako *uzasadnienie faktyczne i prawne* decyzji o zamiarze zawarcia umowy w sprawie przedmiotowego zamówienia w Ogłoszeniu wskazano, że :

- (a) w odniesieniu do warunku z art. 214 ust. 1 pkt 11 lit. a):

MPO jest spółką komunalną, w której brak jest bezpośredniego i pośredniego udziału kapitału prywatnego. Jedynym wspólnikiem Spółki posiadającym 100% udziałów w kapitale zakładowym jest m.st. Warszawa.

Zgodnie z aktami prawnymi regulującymi funkcjonowanie MPO, jednemu Wspólnikowi Spółki, jakim jest m.st. Warszawa, przysługuje wynikające z art. 212 § 1 ustawy z 15 września 2000 r. Kodeksu spółek handlowych (dalej jako: ksh) prawo indywidualnej kontroli, pozwalające w każdym czasie przeglądać księgi i dokumenty Spółki, sporządzać bilans dla swego użytku lub żądać wyjaśnień od Zarządu. Prawo to nie zostało wyłączone w Akcie Założycielskim Spółki.

Jednocześnie Wspólnik w zakresie zastrzeżonych kodeksowo kompetencji, może wpływać na istotne decyzje Spółki poprzez wykonywanie prawa głosu przy podejmowaniu uchwał Zgromadzenia Wspólników, w szczególności w zakresie spraw ujętych w art. 228, art. 201 § 4, art. 215 czy art. 255 § 1 ksh. Mając na uwadze fakt, iż m.st. Warszawa dysponuje wszystkimi głosami na Zgromadzeniu Wspólników, to na

podstawie przepisów ustawy o gospodarce komunalnej, jak i Kodeksu spółek handlowych, Prezydent m. st. Warszawy poprzez wykonywanie prawa głosu, decyduje o istotnych sprawach Spółki będących w kompetencjach Zgromadzenia Wspólników.

Ponadto, Miasto st. Warszawa dysponuje dodatkowymi uprawnieniami, które wykraczają poza uprawnienia wynikające z samego charakteru właścicielskiego, który znajduje odzwierciedlenie w ogólnie obowiązujących przepisach prawa. Te dodatkowe uprawnienia określone zostały w Akcie Założycielskim Spółki, w szczególności w:

- § 4 ust. 3 i 4 – Prezydent m.st. Warszawy, działający w imieniu jedyne go wspólnika (m.st. Warszawy), pełni funkcję Zgromadzenia Wspólników i działa jako organ Spółki,
- § 14 ust. 2 – Rada Nadzorcza powołuje i odwołuje członków Zarządu Spółki spośród osób rekomendowanych przez Prezydenta m.st. Warszawy,
- § 22 ust. 2 i § 32 pkt 20) - Prezydent m.st. Warszawy działający jako Zgromadzenie Wspólników posiada kompetencje do zatwierdzania przygotowanego przez Zarząd projektu rocznego planu gospodarczego Spółki, uwzględniającego szczegółowe cele jej działalności, które zostały wyznaczone przez Prezydenta m.st. Warszawy w ramach wykonywania zadania własnego,
- § 22 ust. 3 i § 32 pkt 21) - Prezydent m.st. Warszawy działający jako Zgromadzenie Wspólników ma kompetencje do zatwierdzania sporządzonych przez Zarząd planów wieloletnich oraz strategii rozwoju Spółki, uwzględniających wyznaczone przez Prezydenta m.st. Warszawy szczegółowe cele działalności Spółki, związane z realizacją powierzonych jej zadań,
- § 28 ust. 1 pkt 13) oraz § 32 pkt 11) – uzależnia prawo działania Zarządu Spółki od uzyskania (przy określonych czynnościach) zgody Rady Nadzorczej lub Zgromadzenia Wspólników.

(b) w odniesieniu do warunku z art. 214 ust. 1 pkt 11 lit. b):

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.

- 4.3 Zarówno w przypadku wykazania uzasadnienia odnośnie spełniania warunku, o którym mowa w art. 214 ust. 1 pkt 1 lit. a), jak i lit. b) PZP w treści zawartej w części *Uzasadnienie faktyczne i prawne wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia albo zamówienia z wolnej ręki* Ogłoszenia Zamawiający ograniczył się do oświadczenia. Stanowi ono „zapewnienie” o tym, że warunki mają być rzekomo spełnione.
- 4.4 W przypadku art. 214 ust. 1 pkt 11 lit. a) PZP przywołano przy tym wybrane postanowienia *aktów prawnych regulujących funkcjonowanie MPO*, bez przedstawienia ich całkowitej i kompletnej treści. Jedynie analiza kompletnej dokumentacji tychże aktów może pozwolić na weryfikację tego, czy przedmiotowy warunek jest rzeczywiście spełniony (por. uzasadnienie Zarzutu wskazanego w pkt 2.3 petitum).

- 4.5 Jeśli chodzi o przesłankę wskazaną w art. 214 ust. 1 pkt 11 lit. a) PZP dotyczącą wykonywanej przez MPO Warszawa działalności, to Zamawiający „uzasadnił” jej spełnienie stwierdzając, że *analiza... wykazała, że w latach 2019 – 2021 ponad 90% działalności wykonywanej przez MPO dotyczyło zadań powierzonych przez Miasto.*
- 4.6 To jedyne informacje jakie w zakresie *uzasadnienia faktycznego i prawnego wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia albo zamówienia z wolnej ręki* przekazał Zamawiający na etapie Ogłoszenia (i do czasu wniesienia niniejszego Odwołania żadne inne dokumenty nie zostały udostępnione/opublikowane).
- 4.7 Uzasadnienie, którego wymaga (tu: od Zamawiających) ustawodawca implikuje **konieczność przedstawienia uzasadnienia prawnego i faktycznego**. Chodzi zatem o to, aby informacje przekazywane w Ogłoszeniu pozwalały wykonawcom potencjalnie zainteresowanym kwestionowaniem prawidłowości decyzji zamawiającego na ich faktyczną weryfikację⁷.
- 4.8 Zamówienie z wolnej ręki jest **wyjątkiem od stosowania konkurencyjnych trybów wyboru wykonawcy**. Jako wyjątek podlega **wykładni ścisłej**, a wykazanie spełnienia przesłanek uzasadniających skorzystanie z tego trybu spoczywa na zamawiającym (tu: Zamawiających). Fakt, że chodzi o tzw. zamówienie *in-house* niczego w tym zakresie nie zmienia.
- 4.9 Przykładowo, w przypadku art. 214 ust. 1 pkt 1 lit. b) PZP dla wykazania spełnienia przesłanki zamawiający nie może się ograniczyć do twierdzenia, że zamówienie może być świadczone tylko przez jednego wykonawcę z *przyczyn związanych z ochroną praw wyłączonych wynikających z odrębnych przepisów* lub w przypadku art. 214 ust. 1 pkt 3) PZP nie będzie wystarczające wskazanie przez zamawiającego, że *ze względu na wyjątkową sytuację niewynikającą z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, której nie mógł on przewidzieć, wymagane jest natychmiastowe wykonanie zamówienia, a nie można zachować terminów określonych dla innych trybów udzielenia zamówienia*. W obu tych przypadkach **konieczne jest (szczegółowe) wykazanie, poparte dokumentami, rzeczywistego zaistnienia ww. okoliczności**.
- 4.10 Analogicznie jest w przypadku art. 214 ust. 1 pkt 11 PZP, tym bardziej, że to **uzasadnienie jest dodatkowo wymagane na podstawie pkt. 4 ppkt 2) Załącznika nr 2 do Rozporządzenia**.
- 4.11 Kolejną analogią może być sytuacja z jaką mamy do czynienia w art. 253 ust. 1 PZP, w którym ustawodawca zobowiązał zamawiającego do podania *uzasadnienia prawnego i faktycznego* decyzji o wyborze najkorzystniejszej oferty.
- 4.12 Oczywistym jest, że wskazanie przez zamawiającego, szczególnie w przypadku, gdy cena nie jest jedynym kryterium oceny, że *wybrano ofertę najkorzystniejszą, bo była najkorzystniejsza w kryteriach oceny ofert* nie czyni zadość wymogom ustawowym. **Konieczne jest podanie (szczegółowych) informacji dotyczących ocenianych elementów oferty w kontekście przyjętych kryteriów**.

⁷ Jak wskazuje się w orzecznictwie unijnym, *uzasadnienie powinno przedstawiać w sposób jasny i jednoznaczny rozumowanie instytucji, która wydała akt, pozwalając zainteresowanym poznać motywów podjętej decyzji w celu dochodzenia swoich praw, a sądom wspólnotowym dokonać jej kontroli* – por. wyrok Sądu Pierwszej Instancji z 13 września 2011 r. w sprawie T-8/09, pkt 114

- 4.13 Dokładnie taka sama zasada obowiązuje w przypadku uzasadnienia wyboru trybu z wolnej ręki, o którym mowa w art. 214 ust. 1 pkt 11 PZP.
- 4.14 Jak podkreśla się w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, *na zamawiających nałożone zostały określone obowiązki informacyjne, w tym w szczególności dotyczące przedstawienia uzasadnienia faktycznego i prawnego trybu zamówienia z wolnej ręki. 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*⁸.
- 4.15 Warto wskazać, że w sprawie rozpatrywanej przez Izbę, *uzasadnienie faktyczne i prawne* w zakresie spełniania przesłanki dotyczącej uzyskiwanych przez tzw. podmiot in-house przychodów było – jeśli można uznać to słowo za właściwe – *szersze* od informacji zawartej w Ogłoszeniu.

Dowód: Ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr 2021/BZP 00011450/01 w dniu 26 lutego 2021 r. (**Załącznik nr 7 do niniejszego odwołania**)

- 4.16 Izba uznała jednak, że *w okolicznościach rozpoznawanej sprawy Zamawiający nie sprostali powyższemu obowiązkowi, a poddane ocenie uzasadnienie faktyczne i prawne zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych było lakoniczne i hasłowe, przez co w konsekwencji nie potwierdzało zasadności wybranego trybu zamówienia z wolnej ręki.*
- 4.17 Oczywistym jest zatem, że w przypadku, gdy Ogłoszenie zawiera jeszcze mniej informacji (o ile w ogóle można tu mówić o *informacjach*), to Zamawiający tym bardziej nie potwierdził zasadności i prawnej dopuszczalności udzielenia przedmiotowego zamówienia na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 11 PZP.
- 4.18 Trzeba przy tym przypomnieć, że zgodnie z art. 457 ust. 1 pkt 1 PZP **umowa podlega unieważnieniu, jeżeli zamawiający z naruszeniem przepisów ustawy zastosował tryb zamówienia z wolnej ręki.**

⁸ wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 22 czerwca 2021 r., sygn. KIO 731/21, KIO 747/21 - te same zasady dotyczą zamówienia na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 11 PZP

- 4.19 Nie ulega wątpliwości, że w przepisie tym chodzi o wszystkie regulacje, które „towarzyszą” zamówieniu z wolnej ręki, a nie wyłącznie o przesłanki, które umożliwiają skorzystanie z tego trybu. Inaczej mówiąc, jeśli zamawiający (tu: Zamawiający), który zamierza skorzystać z zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 11 PZP nie dochowuje pozostałych wymogów, które „towarzyszą” (czyli, które są wymagane) dla skorzystania z tego trybu, to taka umowa, jeśli dojdzie do jej zawarcia, podlega unieważnieniu na podstawie art. 457 ust. 1 pkt 1 PZP.
- 4.20 **Podsumowując, Zamawiający powinien wykazać na podstawie stosownych analiz i dokumentów okoliczności wymienione w art. 214 ust. 1 pkt 11 PZP, co nie miało miejsca. Nie może być więc mowy o tym, że Zamawiający zadośćuczynił wymaganiom określonym w pkt. 4 ppkt 2) Rozporządzenia. Oznacza to, że Zamawiający nie jest uprawniony do udzielenia zamówienia na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 11 PZP, a tym samym nie jest możliwe zawarcie ważnej umowy o udzielenie zamówienia publicznego.**

5. UZASADNIENIE ZARZUTU Z PUNKTU 2.2 *PETITUM* – BRAK ZAMIESZCZENIA INFORMACJI O WIELKOŚCI I ILOŚCI USŁUG

- 5.1 Zgodnie z pkt. 3 ppkt 8) Załącznika do Rozporządzenia ustawodawca wymaga od zamawiającego (tu: od Zamawiającego) podania w Ogłoszeniu informacji o wielkość i ilość usług poprzez podanie planowanego wolumenu odpadów, które ma odbierać wykonawca. Nie ulega wątpliwości, że są to informacje kluczowe dla oceny tego, czy dane zamówienie może stanowić przedmiot zainteresowania innych wykonawców (por. również uzasadnienie Zarzut z pkt 2.5 *petitum*). Nie przypadkiem zatem ustawodawca wymaga ich podania na tym etapie.
- 5.2 Pominięcie omawianych informacji skutkuje niespełnieniem wymagań wskazanych pkt. 3 ppkt 8) Załącznika nr 2 do Rozporządzenia (w zw. z art. 214 ust. 1 pkt 13 PZP w zw. z art. 216 ust. 1 w zw. z art. 272 PZP), a tym samym również powinno oznaczać brak możliwości udzielenie zamówienia na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 13 PZP. **Przyjęcie odmiennej interpretacji oznaczałoby, że wymóg publikacji takiego ogłoszenia pozbawiony byłby sensu, a wymagania dotyczące obligatoryjnych elementów ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy, wynikające z Załącznika nr 2 do Rozporządzenia, zupełnie zbędne.**
- 5.3 Ponownie należy się odwołać do już przywołanego wyroku Izby w połączonych sprawach o sygnaturach KIO 731/21 i KIO 747/21.
- 5.4 Izba stwierdziła w nim, że naruszeniem PZP i wymogów Rozporządzenia jest *brak zamieszczenia w krótkim opisie przedmiotu zamówienia w ogłoszeniu o zamiarze zawarcia umowy informacji o wielkości i ilości usług lub określenia zapotrzebowania i wymagań, podczas gdy informacje te są wymagane i konieczne*⁹.
- 5.5 Jak podkreśliła Izba, [w] *okolicznościach przedmiotowej sprawy Zamawiający bezspornie w krótkim opisie przedmiotu zamówienia (sekcja III ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy) nie*

⁹ wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 22 czerwca 2021 r., sygn. KIO 731/21, KIO 747/21 - te same zasady dotyczą zamówienia na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 11 PZP

podał w ogłoszeniu o zamiarze zawarcia umowy planowanego wolumenu odpadów, które ma odebrać i zagospodarować wykonawca, co też skutkowało brakiem możliwości oceny skali przedmiotowego zamówienia publicznego przez potencjalnych wykonawców zainteresowanych jego wykonaniem. Tym samym pominięcie w treści ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy zamieszczanego w Biuletynie Zamówień Publicznych obligatoryjnych elementów dotyczących wielkości czy ilości zamawianych usług stanowiło naruszenie zarzuconych w odwołaniu przepisów¹⁰.

- 5.6 Aktualne w tym względnie pozostają argumenty Odwołującego przywołane w punkcie 4.18 – 4.19 treści uzasadnienia niniejszego odwołania.
- 5.7 **Podsumowując, brak zamieszczenia w Ogłoszeniu informacji o wielkość i ilość usług poprzez podanie planowanego wolumenu odpadów, które ma odbierać wykonawca powoduje, że nie są spełnione warunki dla udzielenia zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 11 PZP i nie ma możliwości zawarcia ważnej umowy o zamówienie publiczne.**

6. UZASADNIENIE ZARZUTU Z PUNKTU 2.3 PETITUM - BRAK SPRAWOWANIA PRZEZ ZAMAWIAJĄCEGO KONTROLI NAD MPO WARSZAWA

- 6.1 Warunek sprawowania kontroli, o którym mowa w art. 214 ust. 1 pkt 11 lit. a) PZP (analogicznie art. 12 ust. 1 lit. a) Dyrektywy 2014/24/UE) powinien być weryfikowany szczegółowo w każdym konkretnym przypadku. Przy czym, o czym była mowa, wykazanie spełnienia tego warunku spoczywa zawsze na zamawiającym.
- 6.2 Jak podkreśla się w orzecznictwie, *okoliczność, że instytucja zamawiająca posiada, sama lub wraz z innymi instytucjami publicznymi, 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 służbami¹¹.*
- 6.3 Wytyczne pozwalające na ocenę spełniania opisanej przesłanki zostały zawarte w dotychczasowym orzecznictwie TSUE i wynika z nich, co następuje.
- 6.4 Jak zostało wskazane, dla oceny elementu kontroli istotny jest nie tylko aspekt prawny, ale również aspekt faktyczny, tj. realny wpływ jednostki samorządu terytorialnego na dany podmiot i decyzje przez niego podejmowane. W szczególności istotne jest wykazanie, czy zamawiający zamierzający udzielić danego zamówienia określone podmiotowi wywiera decydujący wpływ zarówno na cele strategiczne, skład personalny, jak i inne kwestie wynikające ze sprawowania zarządu w danym podmiocie; ocena statusu tego podmiotu powinna brać pod uwagę całokształt uregulowań prawnych (tak wewnętrznych, jak i ogólnie obowiązujących przepisów) oraz okoliczności faktycznych, dotyczących ewentualnej autonomii i jej zakresu danego podmiotu.

¹⁰ ibidem

¹¹ TSUE z w sprawie *Carbotermo* C-340/04, ECLI:EU:C:2006:308, pkt 37

- 6.5 Kluczową kwestią dla elementu *kontroli* ma to, czy powiązania pomiędzy zamawiającym a podmiotem prawnie od niego odrębnym pozwalają temu drugiemu na zachowanie *autonomii* w stosunkach łączących go z zamawiającym. Inaczej mówiąc, czy podmiot taki ma swobodę kontraktowania z zamawiającym, czy też tej swobody jest pozbawiony na rzecz podporządkowania mającego charakter administracyjny.
- 6.6 I choć w art. 12 Dyrektywy 2014/24/UE a także art. 214 ust. 1 pkt 11 PZP mowa jest o *zamówieniu publicznym* (a zatem umowie), to w tym przypadku chodzi wyłącznie o jego formalny aspekt. W sensie materialnym i dla zachowania wymogów właściwych dla spełnienia przesłanki *kontroli* nie dochodzi tu do wyrażenia woli przez dwa niezależne podmioty, ale o zachowania w ramach jednej, większej jednostki (w tym przypadku publicznej). Stąd nawet potoczna nazwa *zamówień in-house*, czyli *zamówień wewnętrznych*.
- 6.7 Uwzględniając powyższe, *kontrolę odpowiadającą kontroli sprawowanej nad własnymi jednostkami* należy traktować jako możliwość wpływania i ustalania najistotniejszych warunków dotyczących działalności *podmiotu wewnętrznego*, a także świadczenia zleczanych mu usług. Tego typu kontrola istotnie ogranicza swobodę kontraktowania i negocjowania *podmiotu wewnętrznego* z macierzystą jednostką samorządu terytorialnego. Jak się wskazuje, tego typu swoboda kontraktowania stanowi ważny argument na rzecz twierdzenia, że nie mamy do czynienia z „podmiotem wewnętrznym”, ale w rzeczywistości z podmiotem odrębnym tak organizacyjnie, jak i formalnie¹².
- 6.8 W przypadku relacji zachodzących pomiędzy Zamawiającym a MPO Warszawa, przynajmniej w zakresie zadań dotyczących odbierania i transportu odpadów komunalnych, bezsprzecznie mamy do czynienia z sytuacją, w której MPO Warszawa nie uzyskuje zamówień na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 11 PZP. Obecnie zadania dotyczące odbierania i transportu odpadów komunalnych, które MPO Warszawa realizuje dla Zamawiającego są wynikiem uzyskania konkretnych zamówień organizowanych przez Miasto w trybach konkurencyjnych na podstawie PZP. Obecnie realizowane umowy są wynikiem postępowania przetargowego, które przeprowadził Zamawiający w przedmiocie odbierania i unieszkodliwiania odpadów w Warszawie, tj. postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn. Odbiór odpadów komunalnych z terenu nieruchomości położonych w m.st. Warszawie, od 1 stycznia 2019 r., Numer Postępowania: ZP/GP/271/IV-172/18 („**Przetarg na odbiór odpadów 2019**”).
- 6.9 Tym samym, MPO Warszawa dysponuje bardzo szeroką autonomią decyzyjną w relacjach z Zamawiającym, może bowiem:
- (a) w ogóle nie przystępować do postępowań przetargowych organizowanych przez Miasto lub
 - (b) przystępować do tych postępowań, ale „na własnych” warunkach, tj. przedstawiać Zamawiającemu komercyjne oferty na realizację poszczególnych zamówień na takich samych warunkach jak inni uczestnicy *gry rynkowej*.

¹² por. R. Cavallo Perin, D. Casalini, *Control over In-house Procuring Organisations*, Public Procurement Law Review 2009, nr 5, s. 233)

6.10 Oznacza to, że:

- (a) albo nie można mówić o tym, że w relacjach pomiędzy Zamawiającym a MPO Warszawa mamy do czynienia z *kontrolą odpowiadającą kontroli sprawowanej nad własnymi jednostkami* ze względu na szeroką autonomią decyzyjną w relacjach z Zamawiającym, którą dysponuje MPO Warszawa;
- (b) albo, że przychody uzyskiwane przez MPO Warszawa z zadań realizowanych w wyniku uzyskania zamówień prowadzonych w postępowaniach przetargowych organizowanych przez Zamawiającego nie mogą być uznawane za przychody z *zadań powierzonych* (warunek art. 214 ust. 1 pkt 11 lit. b) PZP i art. 12 ust. 1 pkt 1 lit. b) Dyrektywy 2014/24/UE – szerzej na ten temat w Zarzucie z pkt 2.4. *petitum*.

6.11 **Podsumowując, Zamawiający nie sprawuje nad MPO Warszawa kontroli wymaganej w art. 214 ust. 1 pkt 11 lit. a) PZP (i art. 12 ust. 1 pkt 1 lit. a) Dyrektywy 2014/24/UE). Kontrola ta zakłada bowiem m.in. brak autonomii decyzyjnej MPO Warszawa, gdy tymczasem podmiot ten taką autonomią dysponuje. Jej przejawem jest m.in. fakt, że może ubiegać się o zamówienia prowadzone przez Zamawiającego na zasadach konkurencyjnych (lub może się nie ubiegać) i przedstawiać w nich oferty na zwykłych zasadach konkurencyjnych razem z innymi uczestnikami rynku.**

7. UZASADNIENIE ZARZUTU Z PUNKTU 2.4 *PETITUM* – BRAK SPEŁNIANIA WARUNKU DOTYCZĄCEGO UZYSKIWANIA PONAD 90% PRZYCHODÓW Z ZADAŃ POWIERZONYCH

7.1 Jak już było wskazane (uzasadnienie Zarzutu z pkt 2.1 *petitum*), podobnie jak w przypadku pozostałych przesłanek udzielenia zamówienia na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 11 PZP i art. 12 ust. 1 Dyrektywy 2014/24/UE, Zamawiający nie przedstawili jakichkolwiek dowodów dotyczących tego, że ponad 90% działalności MPO Warszawa dotyczy wykonywania *zadań powierzonych* spółce przez Zamawiającego.

7.2 Odwołujący pragnie mimo wszystko podnieść, co następuje.

7.3 Jak zostało wskazane, Zamawiający w żaden sposób nie uzasadnił/nie wykazał, które/jakie przychody MPO Warszawa uwzględnia jako rzekomo wchodzące w przychody z *zadań powierzonych*, a jakie z pozostałych.

7.4 Biorąc pod uwagę charakter działalności wykonywanej przez MPO Warszawa, możliwe są dwa scenariusze, tj.:

- (a) Zamawiający bierze pod uwagę przede wszystkim (wyłącznie?) przychody MPO Warszawa z działalności polegającej na odbieraniu, transporcie i unieszkodliwianiu odpadów komunalnych świadczonej na podstawie umów zawartych przez Zamawiającego z MPO Warszawa w wyniku postępowań przetargowych prowadzonych na podstawie PZP albo
- (b) poza przychodami, o których mowa w lit. a) powyżej, Zamawiający bierze pod uwagę również *dopłaty*, o których mowa w § 6 ust. 1 Umowy wykonawczej z tytułu świadczenia Usług Publicznych z 12 grudnia 2017 r. zawartej w wyniku Uchwały

nr LII/1251/2017 z 6 lipca 2017 r. Rady Miasta Stołecznego Warszawy w sprawie wyboru sposobu i formy wykonania zadania własnego m. st. Warszawy polegającego na zagospodarowaniu odpadów komunalnych (Dz. Urz. Woj. Maz. Poz. 6068).

Dowód: Uchwała Rady Warszawy nr LII_1251_2017 (*Załącznik nr 8 do niniejszego odwołania*)
Umowa wykonawcza (*Załącznik nr 9 do niniejszego odwołania*)

7.5 Poniżej Odwołujący odniesie się do obu scenariuszy.

Przychody MPO Warszawa z działalności polegającej na odbieraniu, transporcie i unieszkodliwianiu odpadów komunalnych świadczonej na podstawie umów zawartych przez Zamawiającego z MPO Warszawa w wyniku postępowań przetargowych prowadzonych na podstawie PZP

7.6 W tym scenariuszu istotna część¹³ przychodów MPO Warszawa miałyby pochodzić z umów zawartych przez tę spółkę z Zamawiającym w wyniku postępowania przetargowego, które przeprowadził Zamawiający w przedmiocie odbierania i unieszkodliwiania odpadów w Warszawie, tj. postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Odbiór odpadów komunalnych z terenu nieruchomości położonych w m.st. Warszawie, od 1 stycznia 2019 r.*, Numer Postępowania: ZP/GP/271/IV-172/18 („Przetarg na odbiór odpadów 2019”). W jego wyniku, Zamawiający zawarł z MPO Warszawa trzy umowy, tj.

- (a) umowę na odbiór odpadów komunalnych z terenu nieruchomości położonych w m.st. Warszawie, Zadanie 4 Ochota, Ursus, Włochy (umowa z 27 marca 2019 r., GO/B/III/1/8/U-7/19 – 22);
- (b) umowę na odbiór odpadów komunalnych z terenu nieruchomości położonych w m.st. Warszawie, Zadanie 7, Śródmieście (umowa z 27 marca 2019r., GO/B/III/1/8/U-10/19 – 22) oraz
- (c) umowę na odbiór odpadów komunalnych z terenu nieruchomości położonych w m.st. Warszawie, Zadanie 9 Bemowo i Wola (umowa z 27 marca 2019r., GO/B/III/1/8/U-12/19 – 22).

¹³ MPO Warszawa czepe również stosunkowo niewielkie w porównaniu z przychodami z odbierania i unieszkodliwiania odpadów w wyniku ww. umów zawartych z Zamawiającym przychody z czyszczenia ulic i placów, wywozu i unieszkodliwienia odpadów na podstawie umów zawartych z innymi podmiotami niż Zamawiający, sprzedaży energii (wytwarzanej przez MPO Warszawa w wyniku spalania – przetwarzania odpadów komunalnych), wynajmu lokali, diagnostyki – por. Sprawozdanie Finansowe Miejskiego Przedsiębiorstwa Oczyszczania w m. st. Warszawie sp. z o.o. sporządzone na dzień 31 grudnia 2020r., Tabela z pkt V.1 str. 34 Sprawozdania – Dodatkowe informacje i objaśnienia oraz Sprawozdanie Finansowe Miejskiego Przedsiębiorstwa Oczyszczania w m. st. Warszawie sp. z o.o. sporządzone na dzień 31 grudnia 2019r., Tabela z pkt V.1 str. 38 Sprawozdania - Dodatkowe informacje i objaśnienia

Ponadto, MPO Warszawa wykazuje tzw. przychody operacyjne, w ramach których wskazuje się przychody z wynajmu nieruchomości inwestycyjnych oraz z naliczonych i otrzymanych kar i odszkodowań - por. pkt V.6 – Dodatkowych informacji i objaśnień odpowiednio Sprawozdania Finansowego za 2019 i za 2020 r.

- 7.7 W pozostałych częściach (zamówienie było podzielone na 9 części) Zamawiający zawarł umowy z innymi wykonawcami, pomimo tego, że MPO Warszawa złożyło swoje oferty również w nich.
- 7.8 Jak zostało wskazane, uzyskiwane w taki sposób, a zatem w wyniku uczestnictwa MPO Warszawa w postępowaniach konkurencyjnych, przychody nie mogą zostać uznane za pochodzące z *zadań powierzonych*, ponieważ są one uzyskiwane w wyniku postępowań konkurencyjnych, w których MPO Warszawa uczestniczy na identycznych zasadach jak inni wykonawcy, a ewentualna *wygrana* w postępowaniu przetargowym oznacza zawarcie *umowy w sprawie zamówienia publicznego*.
- 7.9 Tymczasem, ustawodawcy – tak krajowy jak i unijny – celowo posługują się odpowiednio w art. 214 ust. 1 pkt 11 lit. b) PZP i art. 12 ust. 1 lit. b) Dyrektywy 2014/24/UE pojęciem *zadania powierzonego*, a nie *zadania udzielonego jako zamówienia publicznego* (lub innego konkurencyjnego modelu, np. umowy koncesji).
- 7.10 Trzeba wskazać, że przepisy Dyrektywy 2014/24/UE (a niejako „w ślad” za nią PZP) w zakresie tzw. zamówień in-house zostały przyjęte w związku z tym, że przed ich uchwaleniem [i]stnieje *znaczna niepewność prawna co do tego, w jakim stopniu umowy w sprawie zamówień zawarte pomiędzy podmiotami sektora publicznego powinny podlegać przepisom dotyczącym zamówień publicznych*¹⁴. Z drugiej strony, przyjmowane regulacje zawarte w art. 12 Dyrektywy 2014/24/UE (i art. 214 ust. 1 pkt 11 PZP) powinny (...) być *zgodne z zasadami określonymi w stosownym orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej*.
- 7.11 W tym kontekście należy przypomnieć, że TSUE w zakresie dotyczącym warunku przychodów, wskazał, że [i]eśli chodzi o kwestię, czy w tym kontekście należy uwzględnić tylko przychód uzyskany od kontrolującej jednostki samorządu terytorialnego, czy też przychód uzyskany z tytułu działalności wykonywanej na obszarze jej właściwości, to należy uznać, że decydujący charakter ma przychód uzyskany przez przedsiębiorstwo dzięki decyzjom jednostki kontrolującej o udzieleniu mu zamówień¹⁵.
- 7.12 Kwestia rozumienia pojęcia *decyzji jednostki kontrolującej o udzieleniu zamówienia* nie może być rozumiana jako sytuacja, w której dany podmiot ubiega się o zamówienie w postępowaniu konkurencyjnym, ponieważ w takiej sytuacji nie mówimy o jakiegokolwiek formie władzy/kontroli, którą zamawiający sprawuje nad danym podmiotem, a oba te warunki są ze sobą nierozdzielnie połączone. W postępowaniu konkurencyjnym zamawiający nie *powierza* zamówienia, tylko dokonuje oceny ofert złożonych w postępowaniu w zgodzie z procedurą wynikającą z przepisów PZP oraz na zasadach uprzednio określonych w dokumentacji postępowania, a następnie udziela zamówienia podmiotowi, który złożył niepodlegającą odrzuceniu ofertę najkorzystniejszą. Zakres uznania zamawiającego jest w tym przypadku ograniczony do minimum, a udzielenie zamówienia jest wynikiem rynkowej walki konkurencyjnej.
- 7.13 Jak się podnosi w orzecznictwie TSUE, [w]ymóg wykonywania przez dany podmiot zasadniczej części działalności na rzecz kontrolujących go jednostki lub jednostek samorządu terytorialnego ma na celu zapewnienie, aby dyrektywa 2004/18 [obecnie Dyrektywa 2014/24/UE – przyp.

¹⁴ por. motyw 32 preambuły Dyrektywy 2014/24/UE

¹⁵ TSUE z 11 maja 2006 r. w sprawie *Carbotermo i Consorzio Alisei* C-340/04, ECLI:EU:C:2006:308, pkt 65

Odwołujący] znajdowała zastosowanie również w przypadku, gdy przedsiębiorstwo kontrolowane przez jedną lub kilka jednostek samorządu działa aktywnie na rynku, a tym samym może znaleźć się w stosunku konkurencji z innymi przedsiębiorstwami¹⁶.

- 7.14 Inaczej mówiąc, w sytuacji, gdy dany podmiot kontrolowany przez zamawiającego uzyskuje zamówienia w wyniku postępowań przetargowych, w których uczestniczy i uzyskuje w ich wyniku co najmniej 20% (w PZP co najmniej 10%) swoich dochodów, nie jest spełniony warunek, o którym mowa w art. 12 ust. 1 pkt 1 lit. b) Dyrektywy, a tym samym warunek wskazany w art. 214 ust. 1 pkt 11 lit. b) PZP.
- 7.15 W tym kontekście należy rozumieć użyty w art. 214 ust. 1 pkt 1 lit. b) PZP i art. 12 ust. 1 lit. b) Dyrektywy 2014/24/UE termin *zadań powierzonych*. Obejmuje on zadania, które dany podmiot (wewnętrzny) uzyskuje w wyniku arbitralnych decyzji podejmowanych przez zamawiającego, które nie są wynikiem jakiegokolwiek postępowania konkurencyjnego (prowadzonego na podstawie PZP lub innych przepisów takie postępowania przewidujących). W warunkach polskich i w przypadku gmin chodzi zatem o *powierzenie*, które jest dokonywane na podstawie art. 9 ust. 1 i ust. 3 w zw. z art. 18 ust. 2 pkt 15) ustawy z 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym¹⁷ w zw. z art. 2 i art. 4 ust. 1 pkt 1 ustawy z 20 grudnia 1996 r. o gospodarce komunalnej¹⁸ lub o zamówienie udzielane w trybie in-house.
- 7.16 Tak tę kwestie traktuje się również w orzecznictwie Izby. Wskazuje się w nim bowiem, że istotne w tym kontekście jest to, aby ... *działalność kontrolowanej osoby prawnej była działalnością ściśle związaną z konkretnym poleceniem zamawiającego, który tę osobę kontroluje i nie miała charakteru komercyjnego. Okoliczność w jakiej formie następuje powierzenie zadań do realizacji (czy to w trybie określonym ustawą o gospodarce komunalnej czy np. poprzez zawarcie umów powierzenia zadań) ma znaczenie drugorzędne - wybór formy zlecenia zadań leży w gestii zamawiającego i może podlegać ewentualnym ograniczeniom wynikającym z właściwych przepisów prawa, które zamawiający zobowiązany jest stosować¹⁹.*
- 7.17 Tym samym, nie można za *polecenie zamawiającego* uznać sytuacji, w której MPO Warszawa uzyskuje zamówienie w wyniku konkurencyjnego postępowania prowadzonego na podstawie przepisów PZP. Gdyby uznać, że MPO Warszawa uzyskało wspomniane zamówienia w wyniku *polecenia zamawiającego* podważałoby to cały proces przetargowy, który miał miejsce w Przetargu na odbiór odpadów 2019.
- 7.18 Przy czym, gdyby uznać, że przychody z *zadań powierzonych* przez zamawiającego miały obejmować również te uzyskiwane w wyniku postępowań przetargowych organizowanych przez danego zamawiającego, w których to postępowaniach dany podmiot uczestniczy na zasadach rynkowych obok innych wykonawców, to nie jest zasadne uznanie, że ów zamawiający sprawuje nad nim *kontrolą odpowiadającą kontroli sprawowanej nad własnymi jednostkami* (szerzej kwestia ta była opisana w ramach uzasadnienia do Zarzutu z pkt. 2.3 *petitum*). Wynika to również z przywołanego wyroku Izby, w którym podnosi się, że *[w]łaściwa interpretacja ww. przepisu*

¹⁶ TSUE z 8 grudnia 2016 r. w sprawie *Undis Servizi Srl* C-553/15, ECLI:EU:C:2016:935

¹⁷ Dz. U. z 2021 r., poz. 1372

¹⁸ Dz. U. z 2021 r., poz. 679

¹⁹ wyrok KIO z 4 października 2019 r., sygn. KIO 1842/19

wymaga zatem sięgnięcia do dotychczasowego orzecznictwa TSUE w tej kwestii, które pozostaje nadal aktualne (por. w szczególności orzeczenia Trybunału z 18 listopada 1999 r. w sprawie C-107/98 Teckal, z 13 października 2005 r. w sprawie C-458/03 Parking Brixen, z 13 listopada 2008 r. w sprawie C-324/07 Coditel, z 11 maja 2006 r. w sprawie C-340/04 Carbotermo). 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 osobą prawną²⁰.

Przychody uwzględniające również dopłaty, o których mowa w § 6 ust. 1 Umowy wykonawczej z tytułu świadczenia Usług Publicznych z 12 grudnia 2017 r. zawartej w wyniku Uchwały nr LII/1251/2017 z 6 lipca 2017 r. Rady Miasta Stołecznego Warszawy w sprawie wyboru sposobu i formy wykonania zadania własnego m. st. Warszawy polegającego na zagospodarowaniu odpadów komunalnych

- 7.19 Przede wszystkim należy wskazać, że działalność dotycząca zagospodarowania odpadów komunalnych jest działalnością odrębną od ich zagospodarowania. Tym samym, na potrzeby spełnienia warunku, o którym mowa w art. 214 ust. 1 pkt 11 lit. b) PZP możliwe jest branie pod uwagę wyłącznie tej działalności, której dotyczy planowana umowa, tj. odbierania odpadów. W przeciwnym razie mogłoby dochodzić do sztucznych konstrukcji pozwalających omijać ten warunek poprzez łącznie różnego rodzaju zadań w taki sposób, aby „średnio” dawały one owe ponad 90%. Należy pamiętać, że konstrukcja in-house jest wyjątkiem od zasad ogólnych i jej warunki należy interpretować ściśle, tj. w sposób, który nie będzie prowadził do nadużyć.
- 7.20 Gdyby jednak Zamawiający, wbrew powyższemu zastrzeżeniu, zaliczał na potrzeby art. 214 ust. 1 pkt 11 lit. b) PZP również *dopłaty*, o których mowa w § 6 ust. 1 Umowy wykonawczej, należy zauważyć, co następuje.
- 7.21 Pomimo tego, że zarówno Uchwała nr LII/1251/2017 jak i Umowa wykonawcza sugerują, że Miasto Warszawa powierzyło MPO Warszawa zadanie zagospodarowania odpadów komunalnych, to w rzeczywistości powierzenie to ma charakter pozorny. Jest – jak to ujmuje Trybunał – *wybiegiem maskującym* polegającym na sztucznej konstrukcji prowadzącej do obejścia przepisów o zamówieniach publicznych²¹.
- 7.22 Ten *wybieg maskujący* polega na tym, że MPO Warszawa w rzeczywistości nie wykonuje powierzonych mu zadań, ale zasadniczą (główną) część zleca w formie zamówień publicznych innym podmiotom.
- 7.23 Wynika to zresztą wprost z Umowy wykonawczej, która w § 3 ust. 1 pkt 4 mówi o tym, że zadania MPO Warszawa (dotyczące przecież zagospodarowania odpadów komunalnych) obejmują *wyłanianie, jako zamawiający, podmiotów trzecich prowadzących instalacje do przetwarzania*

²⁰ ibidem

²¹ TSUE z 10 listopada 2005 r. w sprawie KE przeciwko Austrii C-29/04, ECLI:EU:C:2005:670, pkt. 42

Odpadów w zakresie, w jakim zagospodarowanie Odpadów nie będzie następowało w instalacjach prowadzonych przez MPO.

- 7.24 Oczywiście jest, że nie byłoby to możliwe w ramach tzw. zamówień in-house, ponieważ jednoznacznie zabrania tego art. 214 ust. 9 PZP. Zresztą, jest to dosyć oczywiste, biorąc pod uwagę filozofię stojącą za tym mechanizmem.
- 7.25 Jak podkreśla się w komentarzu do PZP wydanym przez Urząd Zamówień Publicznych, *[z]amówienie wewnętrzne jest sposobem wykonywania zadań przez zamawiających, jednak odrębnie niż ma to miejsce przy standardowych zamówieniach publicznych, zadania wykonuje się przy wykorzystaniu zasobów własnych i zasobów podmiotów ściśle od zamawiających uzależnionych. Z powyższego konsekwentnie 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 zlecone 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. Przekazanie realizacji zamówienia wewnętrznego podmiotom komercyjnym oznacza, że ze swojej istoty zamówienie wewnętrzne przestaje być takowym, a staje się zwykłym zamówieniem publicznym (mającym charakter komercyjny) udzielonym z ominięciem konkurencyjnych trybów Pzp²².*
- 7.26 Należy wskazać, że te same zasady znajdują zastosowanie do powierzenia na podstawie przywołanych wyżej przepisów ustawy o samorządzie gminnym i ustawy o gospodarce komunalnej. Są to bowiem ogólne wytyczne wynikające z prawa unijnego i ich spełnienie jest konieczne niezależnie od tego, czy mamy do czynienia z zamówieniem publicznym na podstawie PZP, czy też inną formą wyboru wykonawcy w trybie niekonkurencyjnym. W przeciwnym razie, spółka komunalna (tu: MPO Warszawa) nie byłoby podmiotem, który miałby realizować określone zadanie własne danej jednostki samorządu terytorialnego (tu: zadanie zagospodarowania odpadów komunalnych Warszawy), ale podmiotem odpowiedzialnym za organizację postępowań przetargowych, czyli nikim innym jak *pośrednikiem*.
- 7.27 W sytuacji MPO Warszawa, jego rola jako *pośrednika* jest tym bardziej oczywiste, że realnie realizuje ono zadanie zagospodarowania odpadów komunalnych samodzielnie jedynie w bardzo ograniczonym zakresie, co jest związane z ograniczonymi zasobami spółki pozwalającymi na

²² H. Nowak, M. Winiarz (red), Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2021 r., str. 681

realizację tego zadania. Zdecydowanie większa część zadania jest zlecana innym podmiotom na podstawie przepisów PZP.

Dowód: Zestawienie przetargów MPO Warszawa na zagospodarowanie odpadów komunalnych (**Załącznik nr 10 do niniejszego odwołania**)

- 7.28 Oczywistym jest zatem, że nie jest możliwe traktowanie *dopłat* uzyskiwanych w związku z Umową wykonawczą jako przychodów z *zadań powierzonych*. Nie jest bowiem dopuszczalna sytuacja, w której Zamawiający i MPO Warszawa mogliby czerpać korzyść (tu: korzystać z zamówienia in-house) dzięki *wybiegowi maskującemu*, który polega na pozornym powierzeniu tej spółce zadania zagospodarowania odpadów komunalnych, podczas gdy w rzeczywistości zadanie to polega (w znacznej części) na pośrednictwie w organizacji postępowań przetargowych na realizację tej usługi.
- 7.29 Zaakceptowanie takiej sytuacji stanowiłoby przyzwolenie na powierzenie spółkom miejskim zadań dowolnych, nawet zupełnie niezwiązanych z ich zakresem działalności, do realizacji których nie posiadają one żadnych zasobów, czyli do zupełnego ignorowania ograniczeń wynikających z prawa wspólnotowego i polskiego dotyczących możliwości udzielania zamówień *in-house*, a de facto do utworzenia zupełnie nowej kategorii pośrednika w podzleceniu określonych zadań. Taki pośrednik, w drugim kroku, czerpałby korzyść z takiej niezgodnej z prawem struktury w postaci kolejnych zamówień *in-house* uzyskiwanych dla samego siebie.
- 7.30 **Podsumowując, poza tym, że Zamawiający nie wykazał (nie przedstawił uzasadnienia) spełnienia warunku, o którym mowa w art. 214 ust 1 pkt 11 lit. a) PZP, to warunek ten nie jest spełniony. Brak spełnienia tego warunku zachodzi zarówno w przypadku, w którym Zamawiający zamierzałby zaliczać w ramach przychodów z realizacji powierzonego MPO zadania przychody pochodzące z umów na odbieranie i unieszkodliwianie odpadów komunalnych zawartych ze spółką w wyniku postępowań przetargowych, jak i w sytuacji, w której Zamawiający zamierzałby za takowe przychody uznawać dopłaty przekazywane w związku z Umową wykonawczą.**

8. UZASADNIENIE ZARZUTU Z PUNKTU 2.5 PETITUM - BRAK MOŻLIWOŚCI REALIZACJI KLUCZOWYCH CZĘŚCI ZAMÓWIENIA OSOBIŚCIE PRZEZ MPO WARSZAWA

8.1 Przede wszystkim należy podkreślić, że wbrew literalnemu brzmieniu treści Ogłoszenia, które wskazuje, jakoby przedmiotowe zamówienie miało dotyczyć wyłącznie usług odbioru odpadów komunalnych, obejmuje ono niewątpliwie również ich transport. Choć informacja o tym powinna być się to znaleźć w Ogłoszeniu, to jej zabrakło (uzasadnienie Zarzutu z pkt 2.2 *petitum*). Informacja ta ma istotne znaczenie również dla zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 214 ust. 9 PZP.

8.2 Z art. 214 ust. 9 PZP wynika jednoznacznie, że w przypadku, gdy zamówienie zostaje udzielone na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 11 PZP, wykonawca ma obowiązek osobistego wykonania

kluczowych jego części i nie może powierzyć wykonania części zamówienia podwykonawcy, który dotyczy głównego przedmiotu zamówienia.

- 8.3 Nie ulega wątpliwości, że **usługa odbierania odpadów komunalnych jest równie istotna jak usługa ich transportu**. Trudno racjonalnie twierdzić, że w takim przypadku za „kluczową” uznaje się jedynie część dotyczącą odbierania odpadów. Obie usługi należy uznawać za równoważne.
- 8.4 Skoro z przepisów PZP jednoznacznie wynika, że w przypadku zamówienia udzielanego na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 11 PZP, wykonawca (tu: MPO Warszawa) **jest zobowiązany osobiście** (czyli bez podzlecania innemu podmiotowi) **zrealizować tak uzyskane zamówienie, to nie jest prawnie dopuszczalne, aby jedna z dwóch równorzędnych usług stanowiących przedmiot zamówienia in-hosue była podzlecana przez wykonawcę** (tu: MPO Warszawa) **innemu podmiotowi**. Skoro tak i skoro Zamawiający doskonale wie, jakie są uwarunkowania działalności MPO Warszawa (przecież – jak twierdzi - „kontroluje” ten podmiot), to nie jest prawnie dopuszczalne udzielenie MPO Warszawa zamówienia na transport odpadów komunalnych, a co najwyżej wyłącznie na ich odbieranie (oczywiście, o ile spełnione są pozostałe przesłanki ustawowe, co nie ma miejsca, o czym w pozostałych zarzutach niniejszego odwołania).
- 8.5 W realiach niniejszej sprawy dochodziłoby do sytuacji, w której poprzez rzekomo kontrolowany przez siebie podmiot (tu: MPO Warszawa) Zamawiający w rzeczywistości **udzielałby istotną część zamówienia podmiotowi, z którym nie łączą go jakiegokolwiek relacje**, w szczególności relacje o których mowa w art. 214 ust. 1 pkt 11 PZP i art. 12 ust. 1 Dyrektywy 2014/24/UE.
- 8.6 To właśnie takim sytuacjom ma przeciwdziałać regulacja zawarta w art. 214 ust. 9 PZP, czyli zakaz powierzenia realizacji części zamówienia stanowiącej jej główny przedmiot podwykonawcy.
- 8.7 Należy zauważyć, że MPO w Warszawie zleca w formie zamówienia publicznego podmiotom trzecim transport odpadów ze stacji przeładunkowej (ul. Kampinoska, Warszawa) do instalacji na terenie RP, co jednoznacznie wynika z poniższych informacji zawartych w postępowaniach przetargowych:
- (a) aktualne:
- (i) <https://mpowarszawa.ezamawiajacy.pl/pn/mpowarszawa/demand/notice/public/48998/details>
- (b) archiwalne:
- (i) <https://mpowarszawa.ezamawiajacy.pl/pn/mpowarszawa/demand/notice/public/49233/details>
- (ii) <https://mpowarszawa.ezamawiajacy.pl/pn/mpowarszawa/demand/notice/public/47034/details>
- (iii) <https://mpowarszawa.ezamawiajacy.pl/pn/mpowarszawa/demand/notice/public/38980/details>
- (iv) <https://ogloszeniabzp.um.warszawa.pl/zamowienie.php?zamowienie=72294>

- 8.8 Jak wynika z orzecznictwa Izby, [s]tosownie do treści art. 214 ust. 9 ustawy Pzp, wykonawca, któremu udzielono zamówienia na podstawie ust. 1 pkt 11-13, nie może powierzyć wykonania części zamówienia podwykonawcy, która dotyczy głównego przedmiotu zamówienia. 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 publicznych²³.
- 8.9 Izba wskazuje dalej, dla kwalifikacji (podziału) opisu przedmiotu zamówienia w kontekście jego głównych elementów oraz celu należy wziąć pod uwagę zasady doświadczenia życiowego, logiki, a także specyfiki zamówień z rynku gospodarkami odpadami.²⁴ W tym kontekście nie ulega wątpliwości, że poza zagospodarowaniem odpadów, do zadań jednostki samorządu terytorialnego należy ich odbieranie i transport. Obrazuje to zresztą doskonale sama praktyka MPO Warszawa, które usługi transportu odpadów zleca w prowadzonych przez siebie postępowaniach przetargowych innym wykonawcom. Jest to oczywiste i zrozumiałe, ponieważ MPO Warszawa nie dysponuje pojazdami przeznaczonymi do transportu odpadów²⁵.
- 8.10 Inaczej mówiąc, MPO odbiera odpady z nieruchomości i przewozi je do jednej z trzech baz transportowo-sprzętowych²⁶, skąd inny podmiot (wykonawca wybrany przez MPO Warszawa na podstawie PZP) przewozi odpady do instalacji je zagospodarowujących.
- 8.11 Należy zatem przyjąć, że - podobnie jak uznała Izba w przywoływanych sprawach połączonych sprawach KIO 731/21 i KIO 747/21 – że w świetle powyższego stwierdzić należy, iż z realiów niniejszej sprawy w sposób niebudzący wątpliwości wynika, że część głównego przedmiotu zamówienia stanowiącego transport odpadów komunalnych ma zostać powierzona do wykonania wykonawcy niezdolnemu do jego realizacji, tj. MPO Warszawa, co już samo w sobie przeczy prawidłowości wszczęcia przedmiotowego postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 11 PZP. Jak podnosi Izba, [p]rzypomnieć bowiem należy, iż zamówienie z wolnej ręki to tryb udzielenia zamówienia, w którym zamawiający udziela

²³ wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 22 czerwca 2021 r., sygn. KIO 731/21, KIO 747/21 - te same zasady dotyczą zamówienia na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 11 PZP

²⁴ ibidem

²⁵ Zgodnie z informacją ze strony internetowej MPO Warszawa **Flota** - Obecnie Spółka obsługuje łącznie ponad 23 tys. punktów odbioru odpadów komunalnych i opróżnia ponad 62 tys. pojemników i kontenerów. **Codziennie 127 nowoczesnych, bezpylnych śmieciarek wykonuje średnio 180 tras.** Pojazdy MPO spełniają wszystkie normy w zakresie ochrony środowiska naturalnego - <https://www.mpo.com.pl/zasoby>

²⁶ Zgodnie z informacją ze strony internetowej MPO Warszawa **Zakłady** - W zasobach firmy znajdują się 3 bazy transportowo-sprzętowe na Woli, Targówku oraz w Ursusie - <https://www.mpo.com.pl/zasoby>

zamówienia po negocjacjach tylko z jednym wykonawcą, po spełnieniu warunków przewidzianych ustawą. W ocenie Izby naturalnym jest jednak to, iż adresatem takiego zamówienia może być wyłącznie podmiot zdolny do jego wykonania, w szczególności w zakresie realizacji głównego przedmiotu zamówienia. Przyjęcie odmiennego zapytania prowadziłoby - zdaniem Izby - w istocie do zaakceptowania sytuacji, w której zamawiający de facto udzielałby zasadniczą część przedmiotu zamówienia podmiotowi, z którym nie pozostaje w relacjach określonych przepisem art. 214 ust. 1 pkt 11 ustawy Pzp, co też wypaczałoby istotę zamówień typu in-house. Inaczej rzecz ujmując, w sytuacji gdy zamówienie wewnętrzne zlecone kontrolowanemu podmiotowi zostałoby podzleczone podmiotowi komercyjnemu, stałoby się ono zwykłym zamówieniem publicznym o komercyjnym charakterze²⁷.

- 8.12 **Podsumowując, nie jest prawnie dopuszczalne udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 11 PZP w sytuacji, gdy oczywistym jest, że wykonawca tego zamówienia (tu: MPO Warszawa) nie jest w stanie osobiście zrealizować jednego z jego równorzędnych elementów, co ma miejsce w niniejszym stanie faktycznym.**

9. UZASADNIENIE ZARZUTU Z PUNKTU 2.6 PETITUM – NARUSZENIE ZASADY RÓWNEGO TRAKTOWANIA WYKONAWCÓW I UCZCIWEJ KONKURENCJI ORAZ ZASADY ZAPEWNIENIA NAJLEPSZEJ JAKOŚCI USŁUG W RAMACH DOSTĘPNYCH ŚRODKÓW

- 9.1 Z definicji zasady udzielania zamówień publicznych obowiązują w każdym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego niezależnie od trybu, w którym to zamówienie jest udzielane. Jak się zasadnie wskazuje, *[w]szystkie czynności, których zamawiający dokonuje w celu udzielenia zamówienia publicznego, od przygotowania postępowania, przez treści dokumentacji postępowania (opis przedmiotu zamówienia, warunki udziału, kryteria oceny ofert, komunikację z wykonawcami w toku postępowania), wybór trybu postępowania, do wyboru oferty najkorzystniejszej, muszą być dokonywane z poszanowaniem tych zasad. Każde więc działanie czy też zaniechanie zamawiającego podejmowane w prowadzonym przez niego postępowaniu podlega ocenie z punktu widzenia zachowania zasad²⁸.*
- 9.2 Ewentualne wyłączenie lub ograniczenie zasad (lub konkretnej zasady) powinno zostać wprost wyrażone w PZP. Tak jest np. w przypadku ograniczenia zasady przejrzystości w przypadku udzielania zamówień w trybie z wolnej ręki, gdzie nie przewiduje się ogłoszenia o zamówieniu (choć już ogłoszenie o udzieleniu zamówienia zamawiający jest obowiązany opublikować – por. art. 265 ust. 1 PZP).
- 9.3 Zgodnie z art. 17 ust. 1 zamawiający (tu: Zamawiający) udzielając zamówienia (niezależnie od trybu, a zatem również na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 11 PZP) powinien zapewnić/wykazać, że wybrana przez niego formuła prowadzi do możliwie najlepszej jakości pozyskiwanych usług

²⁷ wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 22 czerwca 2021 r., sygn. KIO 731/21, KIO 747/21 - te same zasady dotyczą zamówienia na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 11 PZP

²⁸ M. Nyc-Zimny, *Naruszenie zasady udzielania zamówień publicznych podstawą wniesienia odwołania do Krajowej Izby Odwoławczej*, PZP 2021, Nr 3, str. 69

w kontekście charakteru zamówienia oraz środków, którymi dysponuje, jak również, że dzięki temu uzyska on możliwie najlepsze efekty.

- 9.4 Jak się podkreśla, instrumentami pomocniczymi do osiągnięcia ww. celów są nowe instrumenty wprowadzone do przepisów PZP, w tym analiza potrzeb i wymagań (art. 83 PZP) powstająca na etapie przygotowania postępowania, *która pozwoli na wybór najlepszego sposobu realizacji zidentyfikowanych potrzeb zamawiającego*²⁹ oraz raport z realizacji zamówienia (art. 446 PZP) sporządzany już po wykonaniu danej usługi, który ma pozwolić *na wyciągnięcie wniosków na przyszłość, których efektem powinno być lepsze przygotowanie się do kolejnego zamówienia*³⁰.
- 9.5 Trzeba zauważyć, że tam, gdzie ustawodawca rzeczywiście uznaje, że sporządzanie analizy potrzeb i wymagań na podstawie art. 83 PZP nie jest konieczne/zasadne, wskazuje to wprost w przepisach, czego wyrazem jest art. 83 ust. 4 PZP. Zgodnie z tym przepisem, zamawiający publiczny (tu: Zamawiający) może odstąpić od dokonania analizy potrzeb i wymagań, w przypadku gdy zachodzi podstawa udzielenia zamówienia w trybie negocjacji bez ogłoszenia, o której mowa w art. 209 ust. 1 pkt 4 PZP, lub w trybie zamówienia z wolnej ręki, o której mowa w art. 214 ust. 1 pkt 5 PZP. W przypadku art. 214 ust. 1 pkt 11 PZP obowiązek taki istnieje.
- 9.6 Skoro Zamawiający ma obowiązek sporządzenia analiz, a analizy takie mają mu pozwolić *na wybór najlepszego sposobu realizacji zidentyfikowanych potrzeb zamawiającego*, to nie jest i nie może być dopuszczalne pomijanie takich analiz, a szczególnie wykazanie, że dane zamówienie i forma jego udzielenie realizuje zasady przewidziane w art. 16 i 17 PZP.
- 9.7 Skutkiem braku sporządzenia analiz, o których mowa w art. 83 PZP jest możliwość wykazania, że udzielając danego zamówienia zamawiający czyni zadość wskazanym zasadom. Wykazanie zadość uczynienia zasadzie efektywności w przypadku zamiaru korzystania przez zamawiającego z trybu zamówienia z wolnej ręki jest tym bardziej istotne, że jest to tryb, w którym nie dochodzi do rynkowej weryfikacji ofert. Oczywistym jest przy tym, że wybór oferty w postępowaniu konkurencyjnym jest istotnym elementem w procesie wykazania przez zamawiającego zadość uczynienia realizacji zasady efektywności.
- 9.8 Nie jest zatem tak, że dla udzielenia zamówienia na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 11 PZP wystarczające jest wykazanie przesłanek wskazanych w tym przepisie.
- 9.9 Decyzja Zamawiającego o udzieleniu zamówienia z wolnej ręki zgodnie z art. 214 ust. 1 pkt 11 PZP powinna zatem zostać poprzedzona analizą uprawniającą do stwierdzenia, iż realizacja przedmiotowego zamówienia zapewnia realizację zasad wyrażonych w art. 17 PZP, w tym zasady efektywności.
- 9.10 Dopiero na bazie takiej analizy, z której wynikałoby, że udzielenie zamówienia własnej spółce komunalnej czyni zadość wymogom art. 17 ust. 1 PZP, możliwe jest dalsze procedowanie.
- 9.11 **Podsumowując, do udzielania zamówienia, o którym mowa w art. 214 ust. 1 pkt 11 PZP w trybie z wolnej ręki nie wystarczy spełnienie przesłanek wskazanych w tym przepisie.**

²⁹ (red.) H. Nowak, M. Winiarz, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2021 r., str. 158

³⁰ *ibidem*, str. 159

Konieczne jest również to, aby zamówienie takie było zgodne z zasadami PZP, w tym tymi wyrażonymi w art. 17 ust. 1 PZP, czego wyrazem powinny być analizy sporządzone na podstawie art. 83 PZP.

- 9.12 Trzeba przypomnieć, że jak podniósł Trybunał, udzielenie zamówienia typu in-house, które nawet gdyby spełniało warunki określone w art. 12 ust. 1 Dyrektywy 2014/24/UE (art. 214 ust. 1 pkt 11 PZP), nie jest samo w sobie zgodne z prawem Unii³¹. Ponadto, Trybunał podkreślił, że *[s]woboda państw członkowskich w zakresie wyboru sposobu świadczenia usług, który uznają za najbardziej odpowiedni (...), 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. W tych granicach dane państwo członkowskie może nałożyć na instytucję zamawiającą warunki, nieprzewidziane w art. 12 ust. 1 dyrektywy 2014/24, od których może być uzależnione udzielenie zamówienia typu in-house, w szczególności w celu zagwarantowania ciągłości, dobrej jakości i dostępności usług³².*
- 9.13 Wymogi dotyczące zachowania zasady efektywności i przeprowadzania analizy potrzeby i wymagań, która ma wykazywać zadość uczynienie tej zasadzie, są właśnie takimi *nieprzewidzianymi* w art. 12 ust. 1 Dyrektywy 2014/24/UE (i art. 214 ust. 1 pkt 11 PZP) *warunkami*, od których jest uzależnione udzielenie zamówienia typu in-house.
- 9.14 Odmienna od wskazanej powyżej interpretacja, jakoby warunki wskazane w art. 214 ust. 1 pkt 11 PZP same w sobie wystarczyły do udzielenie zamówienia w trybie z wolnej ręki, pozbawiałaby w rzeczywistości jakiegokolwiek znaczenia prawnego obowiązków dotyczących przeprowadzania analiz potrzeb wymagań, o której mowa w art. 83 PZP i zasady efektywności wyrażonej w art. 17 PZP. Niedopuszczalne zaś jest ustalanie znaczenia norm prawnych w taki sposób, aby pewne ich części były traktowane jako zbędne³³.
- 9.15 Należy przy okazji wskazać, że nie jest również uprawnione sięganie w tym zakresie do tez zawartych w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z 11 czerwca 2021 r. w sprawie o sygnaturze akt XXIII Zs 27/21, ponieważ została on wydana na podstawie „starego” PZP, które nie przewidywało ani zasady efektywności ani obowiązku sporządzania analizy potrzeb i wymagań przez zamawiającego publicznego.
- 9.16 **Podsumowując, Zamawiający, którzy zamierzają udzielić zamówienia na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 11 PZP, mają obowiązek wykazania, że taki sposób realizacji zamówienia czyni zadość zasadzie efektywności wyrażonej w art. 17 ust. 1 PZP. Wykazanie to powinno wynikać z analizy potrzeb i wymagań, o której mowa w art. 83 PZP i którą to analizę Zamawiający ma obowiązek przeprowadzić na podstawie art. 83 PZP. W sytuacji, w której z analizy tej nie wynika, że udzielenie zamówienia na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 11 PZP czyni zadość art. 17 ust. 1**

³¹ wyrok TSUE z 3 października 2019 r. w sprawie C-285/18 *Irgita*, EU:C:2019:829, pkt 64.

³² ibidem, pkt 48,49

³³ por. np. uchwała 7 sędziów NSA z dnia 25 lutego 2002 roku, sygn. akt FPS 13/01.

PZP, nie jest możliwe skorzystanie z trybu zamówienia z wolnej ręki. Podkreślić należy, że tryb zamówienia z wolnej ręki jest wyjątkiem od trybów konkurencyjnych, które stwarzają domniemanie zachowania zasady efektywności, a spełnienie wymogów skorzystania z tego trybu obciąża Zamawiającego.

10. UZASADNIENIE ZARZUTU Z PUNKTU 2.7 PETITUM – NADUŻYCIE PRZEZ ZAMAWIAJĄCEGO POZYCJI DOMINUJĄCEJ I NIEWAŻNOŚĆ DZIAŁAŃ PODEJMOWANYCH PRZEZ NIEGO W TYM ZAKRESIE

- 10.1 Jak zostało wskazane powyżej, zarówno z krajowych jak i unijnych przepisów wynika, że Zamawiający ma obowiązek przygotowania i prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości oraz zasady efektywności.
- 10.2 Zamawiający nie jest uprawniony do organizacji zamówień w sposób mający na celu ich wyłączenie z zakresu stosowania przepisów dotyczących zamówień publicznych lub sztucznego zawężanie konkurencji.
- 10.3 Tym bardziej zatem Zamawiający nie może przygotowywać i prowadzić Postępowania w sposób, który narusza powszechnie obowiązujące przepisy prawa, szczególnie, gdy bezpośrednio dotyczą wskazanej w art. 16 ust. 1 PZP zasady uczciwej konkurencji. **Do tych przepisów należą reguły konkurencji określone w UOKiK.**
- 10.4 Zgodnie z art. 9 ust. 2 pkt 5 UOKiK **zakazane jest nadużywanie pozycji dominującej na rynku właściwym przez jednego lub kilku przedsiębiorców poprzez przeciwdziałanie ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji.** W świetle orzecznictwa istotą tak zdefiniowanej praktyki zakazane jest zachowanie przedsiębiorcy posiadającego pozycję dominującą, które uniemożliwia lub utrudnia działalność konkurentów na określonym rynku właściwym, przez stworzenie barier wejścia na rynek lub rozwoju podmiotów już działających na rynku³⁴. Zakazane jest zatem ograniczanie przez dominanta (dominantów) dostępu do rynku, jak również „wypychanie” w tego rynku przedsiębiorców na nim wcześniej działających.
- 10.5 **Zamawiający mają status przedsiębiorcy**, co jednoznacznie wynika z art. 4 pkt 1 lit. a) UOKiK **w zakresie w jakim organizują realizację zadań własnych związanych z utrzymaniem porządku i czystości.**
- 10.6 W świetle art. 4 pkt 1 lit. a) UOKiK przez przedsiębiorcę rozumie się *osobę fizyczną, osobę prawną, a także jednostkę organizacyjną niemającą osobowości prawnej, której ustawa przyznaje zdolność prawną, organizującą lub świadczącą usługi o charakterze użyteczności publicznej, które nie są działalnością gospodarczą w rozumieniu przepisów o swobodzie działalności gospodarczej.*

³⁴ Wyrok SN z dnia 19 lutego 2009 r., sygn. akt III SK 31/08; wyrok SN z dnia 3 marca 2010 r., sygn. akt III SK 37/09; wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 19 września 2013 r., sygn. akt VI ACa 170/13.

- 10.7 Pojęcie usług użyteczności publicznej, niezdefiniowane w UOKiK, należy rozumieć jako odnoszące się do zadań z zakresu administracji publicznej służących zaspokajaniu w sposób ciągły i powszechnie dostępny potrzeb społecznych o charakterze ogólnym. Do zadań tych zalicza się m.in. zadania uznane za zadania własne gminy w art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym³⁵. Wśród usług o charakterze użyteczności publicznej znajdują się usługi związane z utrzymaniem czystości i porządku w gminach, w szczególności polegające na odbiorze i zagospodarowaniu odpadów komunalnych.
- 10.8 Organizowanie świadczenia usług użyteczności publicznej interpretowane jest szeroko jako obejmujące wszelkiego rodzaju aktywności polegające na *kreowaniu możliwości świadczenia usług użyteczności publicznej*³⁶, tworzeniu *wszelkiego rodzaju ram świadczenia takich usług przez innych przedsiębiorców*³⁷. W świetle orzecznictwa **status przedsiębiorców organizujących usługi użyteczności publicznej mają jednostki samorządu terytorialnego**³⁸, w tym **wówczas, gdy prowadzą działalność organizatorską na rynku utrzymania porządku i czystości na swoim terenie**³⁹.
- 10.9 Zamawiający odpowiada powyższym kryteriom i jest przedsiębiorcą organizującym usługi **w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy.**
- 10.10 Należy przy tym wyraźnie podkreślić, iż **uprawnienie Zamawiającego do organizowania rynku usług użyteczności publicznej** (w tym wypadku usług odbierania odpadów komunalnych) **nie przekreśla możliwości oceny ich zachowania pod kątem nadużywania pozycji dominującej, w szczególności zaś czy zachowanie Zamawiającego nie prowadzi do tzw. dławienia konkurencji.** Potwierdził to jednoznacznie Sąd Najwyższy w wyroku z 26 stycznia 2017 r. (sygn. akt I CSK 252/15).
- 10.11 Decydując o udzieleniu zamówienia w trybie zamówienia z wolnej ręki na rzecz MPO Warszawa, **Zamawiający niewątpliwie wpływa na kształt rynku odbierania odpadów komunalnych w Warszawie** (wskazują bowiem podmiot, który na tym rynku może działać na zasadzie wyłączności).
- 10.12 **Zamawiający ma pozycję dominującą na rynku właściwych**, za który należy uznać rynek organizowania usług odbierania odpadów komunalnych z terenu Warszawy. **Jest bowiem jedynym podmiotem, który odpowiada za organizację usług użyteczności publicznej z zakresu gospodarki odpadami.**
- 10.13 Zgodnie z UOKiK pod pojęciem rynku właściwego rozumie się rynek towarów, 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 (art. 4 pkt 9 UOKiK). W świetle tej definicji,

³⁵ Ustawa z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym (tekst jednolity: Dz. U. z 2020 r. poz. 713, ze zm.).

³⁶ Wyrok Sądu Antymonopolowego z dnia 26 marca 2003 r., sygn. akt XVII Arna 35/02.

³⁷ Wyrok SN z dnia 20 listopada 2008 r., sygn. akt III SK 12/08.

³⁸ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 8 stycznia 2008 r., sygn. akt VI ACa 481/07.

³⁹ Decyzja Prezesa UOKiK z dnia 17 marca 2011 r. nr RBG-5/2011.

rynek właściwy stanowi *pewną przestrzeń wyodrębnioną pod względem produktowym, geograficznym, a także temporalnym, na którym działają konkurujące ze sobą podmioty dążące do realizacji przystługającego im celu gospodarczego w wyniku zaspokojenia potrzeb nabywcy*⁴⁰.

- 10.14 Podkreślenia wymaga, że **do naruszenia przepisów UOKiK dochodzi nie tylko na rynku o strukturze faktycznie lub potencjalnie konkurencyjnej poprzez tworzenie przez dominującego przedsiębiorcę sztucznych barier wejścia podmiotów nowych lub rozwoju podmiotów już działających na tym rynku.** Zakazane na podstawie UOKiK *przeciwdziałanie ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji* może mieć miejsce także na rynkach, na których – tak jak w niniejszej sprawie – dominujący organizator rynku podejmuje decyzje wpływające na strukturę rynku, w tym na dopuszczenie przedsiębiorców do prowadzenia działalności na rynku.
- 10.15 Z uwagi na treść art. 9 ust. 2 pkt 5 UOKiK na przedsiębiorcy organizującym rynek, takim jak Zamawiający, **spoczywa obowiązek korzystania ze swoich kompetencji w sposób rzetelny i niedyskryminujący.** Organizator rynku narusza zakaz nadużywania pozycji dominującej, gdy uniemożliwia potencjalnym świadczeniodawcom rywalizowanie o rynek w oparciu o równe i niedyskryminujące zasady.
- 10.16 Pojęcie *nadużywania* jest pojęciem obiektywnym, które odnosi się do zachowań przedsiębiorstwa zajmującego pozycję dominującą, mogących wpłynąć na strukturę rynku, na którym właśnie ze względu na obecność takiego przedsiębiorstwa konkurencja jest już osłabiona, oraz stwarzających przeszkodę w utrzymaniu istniejącego jeszcze poziomu konkurencji lub w jej rozwoju na rynku poprzez stosowanie środków odmiennych od tych, jakie stosuje się w warunkach normalnej konkurencji między towarami lub usługami na podstawie świadczeń podmiotów gospodarczych⁴¹.
- 10.17 Zgodnie z orzecznictwem nadużycie [...] *ma miejsce wówczas, gdy w braku obiektywnej konieczności przedsiębiorstwo zajmujące dominującą pozycję na określonym rynku rezerwuje dla siebie lub swojego przedsiębiorstwa zależnego inny rodzaj działalności, która mogłaby być wykonywana przez inne przedsiębiorstwo jako część jego działalności na sąsiednim, ale odrębnym rynku [na przykład na rynku niższego szczebla], z możliwością wyeliminowania wszelkiej konkurencji ze strony takiego przedsiębiorstwa*⁴².
- 10.18 Należy przyjąć, że do naruszenia dochodzi tym bardziej wówczas, gdy **organizator rynku w ogóle eliminuje konkurencję o rynek, przyznając prawo świadczenia usług uznaniowo wybranemu przedsiębiorcy, w tym wypadku swojej własnej spółce komunalnej.**
- 10.19 Podkreślenia wymaga, że najlepszą metodą zapewnienia przez organizatora rynku potencjalnym wykonawcom rywalizacji o rynek w oparciu o zasady wolnej i równej konkurencji jest **wykorzystanie trybów wyboru wykonawcy na podstawie konkurencyjnych trybów przewidzianych w regulacjach dotyczących zamówień publicznych.** W orzecznictwie antymonopolowym wyraźnie wskazuje się, że zarzut naruszenia art. 9 ust. 2 pkt 5 UOKiK przez

⁴⁰ wyrok SN z dnia 15 października 2014 r., sygn. akt III SK 61/13.

⁴¹ Wyroki TSUE z dnia 13 lutego 1979 r. w sprawie *Hoffmann La Roche przeciwko Komisji* 85/76, Rec. s. 461, pkt 91; z dnia 3 lipca 1991 r. w sprawie *AKZO przeciwko Komisji* C-62/86, Rec. s. I-3359, pkt 69.

⁴² TSUE z 3 października 1985 r. w sprawie *CBEM („Télémarketing”)* 311/84, Rec. s. 3261, pkt 27

przedsiębiorcę mającego pozycję dominującą (tu: Zamawiający) eliminuje dokonanie wyboru kontrahenta w trybie przetargowym, nawet jeżeli w wyniku przetargu w praktyce dochodzi do wyeliminowania z rynku usług innych przedsiębiorców⁴³. Rozumując *a contrario*, naruszenie art. 9 ust. 2 pkt 5 UOKiK stanowić **może wyeliminowanie przedsiębiorców z rynku (tu Odwołującego) na podstawie uznaniowej decyzji monopolisty dysponującego uprawnieniami do organizacji tego rynku.**

- 10.20 Nie ulega zatem wątpliwości, że udzielenie przez Zamawiającego przedmiotowego zamówienia MPO Warszawa na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 11 PZP stanowi ograniczenie konkurencji, w szczególności nadużycie pozycji dominującej wypełniające dyspozycję art. 9 ust. 2 pkt 5 UOKiK.
- 10.21 Nie jest przy tym tak, że przewidziana w art. 214 ust. 1 pkt 11 ustawy PZP możliwość udzielenia zamówienia z wolnej ręki zalicza się do ustawowych wyjątków dopuszczających ograniczenie konkurencji i przewidzianych w art. 3 UOKiK.
- 10.22 Trzeba zauważyć, że, jak się podkreśla, przepis art. 3 dookreśla zakres przedmiotowy OKiKU (Modzelewska-Wąchał, Ustawa, s. 22; E. Kosiński, Rodzaje i zakres, s. 202) poprzez wyłączenie zastosowania wynikających z niej zakazów **do zachowań przedsiębiorców wyczerpujących znamiona praktyk ograniczających konkurencję, które zostały dopuszczone w innych aktach prawnych**⁴⁴ [podkr. Odwołującego].
- 10.23 W komentarzach doktryny i przytaczanym orzecznictwie dotyczących art. 3 UOKiK przyjmuje się, że [p]rzepis art. 3 odnosi się niewątpliwie do zachowań przedsiębiorców, które ograniczają konkurencję w rozumieniu komentowanej ustawy i które są nakazane (narzucone) przedsiębiorcom przez inne przepisy prawa OKiKU (wyr. SOKiK z 19.12.2006 r., XVII Ama 47/06, niepubl.; wyr. SN z 18.12.2012 r., III SK 9/12, Legalis)⁴⁵.
- 10.24 Chodzi zatem o przypadki, gdy określone zachowanie przedsiębiorcy, które stanowi naruszenie przepisów UOKiK jest wynikiem określonego rozwiązania przewidzianego w innych przepisach i na które to zachowanie dany przedsiębiorca nie ma wpływu. Inaczej mówiąc, przepisy te wymagają od niego określonego zachowania nie pozostawiając mu możliwości zachowania innego, w tym takiego, które nie stanowiłoby ograniczenia konkurencji.
- 10.25 Podnosi się, że przepisy UOKiK powinny być stosowane do oceny takich relewantnych rynkowo i konkurencyjnie zachowań przedsiębiorców, które podejmowane są w ramach korzystania z autonomii woli i wolności działalności gospodarczej, a nie w wyniku nakazów bądź zakazów ustanowionych prawem (wyr. SN z 3.3.2010 r., III SK 37/09, OSNAPIUS 2011, Nr 19–20, poz. 264)⁴⁶.

⁴³ Wyrok SN z dnia 9 marca 2004 r., sygn. akt III SK 13/04.

⁴⁴ T. Skoczny (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*. wyd. 2, Warszawa 2014/ komentarz do art. 3 – D. Miąsik

⁴⁵ ibidem

⁴⁶ ibidem

- 10.26 Co więcej, w przypadku działalności polegającej na organizowaniu rynku ustawa znajduje zastosowanie do takich działań organizatora rynku, w zakresie których dysponuje on marginesem swobody w kreowaniu zasad organizacji danego rynku⁴⁷.
- 10.27 Podnosi się zasadnie, że [n]ie wydaje się jednak, by art. 3 obejmował zachowania, które w świetle ustaw szczególnych są dozwolone w tym znaczeniu, że przepisy uprawniają przedsiębiorcę do określonego zachowania (np. ustalenia cen – "okoliczność, że powód uprawniony jest na podstawie przepisów prawa (ustawy o autostradach) do pobierania opłaty za przejazd autostradą nie oznacza, że sposób kształtowania wysokości tej opłaty przez powoda – czego dotyczy niniejsza sprawa – wyłączony jest spod zakresu przedmiotowego ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów", wyr. SN z 13.7.2012 r., III SK 44/11, OSNAPiUS 2013, Nr 13–14, poz. 167). W przeciwnym razie przedsiębiorcy, którym zarzuca się naruszenie przepisów OKiKU, mogliby skutecznie argumentować, iż nie znajduje ona do nich zastosowania, ponieważ korzystają z uprawnień przysługujących im na podstawie innych przepisów (ustalania cen, udzielania licencji, wyboru kontrahenta, itp.), mimo że przepisy te nie nakładają na nich obowiązku określonego działania lub zaniechania. Dlatego terminu "dopuszczenie" ograniczenia konkurencji w rozumieniu art. 3 nie należy interpretować wyłącznie w oparciu o wykładnię gramatyczną, lecz z uwzględnieniem wykładni funkcjonalnej, a tym samym roli konkurencji w państwie opartym na zasadzie społecznej gospodarki rynkowej (zob. wyr. SN z 13.7.2012 r., III SK 44/11, OSNAPiUS 2013, Nr 13–14, poz. 167; wyr. SN z 19.10.2006 r., III SK 15/06, OSNAPiUS 2007, Nr 21–22, poz. 337; wyr. SN z 25.4.2007 r., III SK 3/07, Legalis, podtrzymujący w mocy wyr. SA w Warszawie VI ACA 97/06, OSG 2007, Nr 8, s. 67; wyr. SA w Warszawie z 27.3.2008 r., VI ACA 957/07, Dz.Urz. UOKiK Nr 3, poz. 31; wyr. SA z 17.10.2007 r., VI ACa 1259/06, niepubl.; wyr. SOKiK z 31.1.2007 r., XVII Ama 98/05, niepubl.)⁴⁸.
- 10.28 Trzeba przypomnieć, że jak podniósł Trybunał, udzielenie zamówienia typu in-house, które nawet gdyby spełniało warunki określone w art. 12 ust. 3 Dyrektywy 2014/24/UE (art. 214 ust. 1 pkt 11 PZP), nie jest samo w sobie zgodne z prawem Unii⁴⁹. Dokładnie z taką sytuacją mamy do czynienia z niniejszym przypadkiem.
- 10.29 Podsumowując, Zamawiający jako organizator rynku usług odbierania odpadów komunalnych na terenie Warszawy jest przedsiębiorcą o pozycji dominującej. W świetle przepisów UOKiK zakazane jest nadużywanie pozycji dominującej na rynku właściwym przez przedsiębiorcę poprzez przeciwdziałanie ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji. Zamawiający udzielając zamówienia w trybie niekonkurencyjnym, tj. w trybie zamówienia z wolnej ręki, uniemożliwia lub co najmniej utrudnia działalność innych wykonawców, przez stworzenie barier wejścia na rynek lub rozwoju podmiotów już działających na rynku. Takie zachowanie, zgodnie z art. 9 ust. 2 pkt 5 UOKiK jest prawnie zakazane a czynności prawne podejmowane w jego ramach są nieważne.

⁴⁷ wyrok SN z 3 marca 2010 r., III SK 37/09

⁴⁸ T. Skoczny (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*. wyd. 2, Warszawa 2014/ komentarz do art. 3 – D. Miąsik

⁴⁹ Wyrok TSUE z 3 października 2019 r. w sprawie C-285/18 *Irgita*, EU:C:2019:829, pkt 64.

11. WNIOSEK KOŃCOWY

- 11.1 W świetle powyższego, wskazane w treści niniejszego odwołania zarzuty są zasadne i zasługują na uwzględnienie.
- 11.2 Wnoszę zatem jak na wstępie, z uwzględnieniem całokształtu przedstawionej powyżej argumentacji.

W imieniu Odwołującego

Tomasz Michalczyk
radca prawny

Wykaz załączników:

- Załącznik nr 1** Odpisy KRS dla Odwołującego oraz komplementariusza Odwołującego.
- Załącznik nr 2** Pełnomocnictwo udzielone przez Odwołującego r. pr. Tomaszowi Michalczykowi.
- Załącznik nr 3** Dowód uiszczenia opłaty skarbowej od pełnomocnictwa.
- Załącznik nr 4** Dowód uiszczenia wpisu od odwołania.
- Załącznik nr 5** Ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy.
- Załącznik nr 6** Wniosek o dostęp do informacji skierowany do Zamawiającego.
- Załącznik nr 7** Ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr 2021/BZP 00011450/01 w dniu 26 lutego 2021 r.
- Załącznik nr 8** Uchwała Rady Warszawy nr LII_1251_2017.
- Załącznik nr 9** Umowa wykonawcza.
- Załącznik nr 10** Zestawienie przetargów MPO Warszawa na zagospodarowanie odpadów komunalnych.
- Załącznik nr 11** Potwierdzenie przesłania odwołania Zamawiającym za pomocą poczty elektronicznej.