

Kancelaria Prawna Schampera, Dubis, Zajac i Wspólnicy sp.j.

Prezes Krajowej Izby Odwoławczej

ul. Postępu 17a
02-676 Warszawa

Kancelaria Prawna Schampera,
Dubis, Zajac i Wspólnicy sp. j.

ul. Kazimierza Wielkiego 3
50-077 Wrocław, Polska
E-Mail: wroclaw@sdzlegal.pl
Tel: +48 71 326 51 40
Fax: +48 71 326 51 41

www.schindhelm.com

Sąd Rejonowy
dla Wrocławia Fabrycznej
VI Wydział Gospodarczy KRS
KRS: 0000888560
NIP: 895-17-80-757
REGON: 932832704

Biuro:
Wrocław

Telefon:
0048 71 326 51 40

E-Mail:
wroclaw@sdzlegal.pl

Wrocław, dnia 24 stycznia 2022 r.

Odwołujący: **PreZero Warszawa sp. z o.o.** z siedzibą w Warszawie,
ul. Zawodzie 5, 02-981 Warszawa, wpisana do Rejestru
Przedsiębiorców pod numerem KRS: 0000008195,
zastępowana przez radcę prawnego Aleksandrę Płudowską,
adres do doręczeń: Kancelaria Prawna Schampera, Dubis,
Zajac i Wspólnicy sp. j., ul. Kazimierza Wielkiego 3, 50-077
Wrocław, tel.: (71) 326 51 40, fax: (71) 326 51 41, e-mail:
wroclaw@sdzlegal.pl; apl@sdzlegal.pl

Zamawiający: **Miasto Stołeczne Warszawa**, Plac Bankowy 3/5, 00-950
Warszawa, e-mail: zamowieniabzp@um.warszawa.pl

Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego
prowadzonego w trybie zamówienia z wolnej ręki pod nazwą:
Odbiór odpadów komunalnych z dzielnic m.st. Warszawy
Białoleka, Targówek, Ochota, Ursus, Włochy, Śródmieście,
Bemowo, Wola i Mokotów; numer referencyjny:
ZP/JK/271/IV-172/21, zwanego dalej „Postępowaniem”

Ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy zamieszczono w Biuletynie zamówień
publicznych w dniu 14 stycznia 2022 r. pod numerem: 2022/BZP 00020418

ODWOŁANIE

Działając w imieniu i na rzecz Odwołującego – PreZero Warszawa sp. z o.o., w
oparciu o pełnomocnictwo, które przesyłam w załączeniu, na podstawie art. 513



w zw. z art. 505 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 j.t. ze zm.), dalej jako „Pzp”, niniejszym wnoszę odwołanie wobec czynności Zamawiającego polegających na wyborze trybu i wszczęciu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie z wolnej ręki na: *Odbiór odpadów komunalnych z dzielnic m.st. Warszawy Białołęka, Targówek, Ochota, Ursus, Włochy, Śródmieście, Bemowo, Wola i Mokotów* oraz na zamiarze zawarcia umowy - udzielenia zamówienia wykonawcy: Miejskiemu Przedsiębiorstwu Oczyszczania w m. st. Warszawie sp. z o.o., zwanemu w dalszej części niniejszego odwołania „MPO”.

Zaskarżonym czynnościom i zaniechaniom Zamawiającego zarzucam:

- 1) **naruszenie art. 214 ust. 1 pkt 11 Pzp w zw. z art. 214 ust. 5 Pzp w zw. z art. 216 ust. 1 Pzp w zw. z art. 272 ust. 2 Pzp w zw. z §2 pkt 2 oraz ust. 4 Załącznika nr 2 do rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie ogłoszeń zamieszczanych w Biuletynie Zamówień Publicznych w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 Pzp w zw. z art. 83 ust. 1, 2 i 3 Pzp w zw. z art. 17 ust. 1 Pzp** poprzez zamiar udzielenia zamówienia publicznego spółce MPO w sytuacji niewykazania przez Zamawiającego (w sposób faktyczny, rzetelny i niebudzący wątpliwości) zaistnienia przesłanki udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki, o której mowa w art. 214 ust. 1 pkt 11 lit. b) w zw. z art. 214 ust. 5 Pzp, a tym samym niewykazania, że możliwe jest udzielenie MPO przedmiotowego zamówienia w tym trybie, co dodatkowo narusza prawo Odwołującego i innych zainteresowanych podmiotów do zweryfikowania prawidłowości zamiaru zastosowania przez Zamawiającego w zaistniałym stanie faktycznym trybu „z wolnej ręki”;
- 2) **naruszenie art. 214 ust. 1 pkt 11 Pzp w zw. z art. 17 ust. 1 Pzp w zw. z art. 83 ust. 1, 2 i 3 Pzp oraz art. 16 pkt 1, 2 i 3 w zw. z art. 272 ust. 2 Pzp w zw. z §2 pkt 2 oraz ust. 4 Załącznika nr 2 do rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie ogłoszeń zamieszczanych w Biuletynie Zamówień Publicznych** poprzez zamiar udzielenia zamówienia publicznego spółce MPO w sytuacji, gdy udzielenie przedmiotowego zamówienia temu podmiotowi w niekonkurencyjnym trybie „z wolnej ręki” nie zapewnia (i nie zostało to wykazane przez Zamawiającego) najlepszej jakości usługi uzasadnionej charakterem zamówienia w ramach środków, które zamawiający może przeznaczyć na jego realizację, i nie zapewnia uzyskania najlepszych efektów zamówienia, w tym efektów społecznych, środowiskowych i gospodarczych (w szczególności nie powoduje obniżenia kosztów systemu odbioru odpadów komunalnych), w porównaniu z jakością i efektami, które można byłoby osiągnąć, gdyby postępowanie o udzielenie przedmiotowego zamówienia toczyło się w jednym z konkurencyjnych trybów udzielenia publicznego;
- 3) **naruszenie art. 214 ust. 1 pkt 11 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp w zw. z art. 9 ust. 1 i ust. 2 pkt 5 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 2021 r., poz. 275 j.t. ze zm.), dalej jako „uokik”, w zw. z art. 6 ust. 1 pkt 6 uokik w zw. z art. 272 ust. 2 Pzp w zw. z §2 pkt 2 oraz ust. 4 Załącznika nr 2 do rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie ogłoszeń**



zamieszczanych w Biuletynie Zamówień Publicznych w zw. z art. 83 ust. 1,2 i 3 Pzp poprzez zamiar udzielenia zamówienia publicznego spółce MPO w sposób nieuzasadniony i który stanowi naruszenie przez Zamawiającego pozycji dominującej, prowadząc do nieuczciwej konkurencji i nierównego traktowania wykonawców.

Mając powyższe na uwadze, wnoszę o uwzględnienie niniejszego odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienie Postępowania prowadzonego na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 11 Pzp.

Termin

W dniu 14 stycznia 2022 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych zostało opublikowane ogłoszenie o zamiarze zawarcia przez Zamawiającego umowy z MPO w przedmiocie odbioru odpadów komunalnych z dzielnic m.st. Warszawy Białołęka, Targówek, Ochota, Ursus, Włochy, Śródmieście, Bemowo, Wola i Mokotów w oparciu o przepis art. 214 ust. 1 pkt 11 Pzp. Odwołujący dochował zatem terminów na wniesienie odwołania, o których mowa w art. 515 Pzp.

Interes

Odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia, o którego udzielenie chciałby się ubiegać zwłaszcza, że w ostatnich latach świadczył na rzecz Zamawiającego usługi z zakresu odbioru odpadów z nieruchomości położonych na terenie Miasta st. Warszawa. Jednocześnie wskazać należy, że Odwołujący może ponieść szkodę w związku z zarzucanymi Zamawiającemu naruszeniami przepisów Pzp, gdyż wybór przez Zamawiającego trybu udzielenia zamówienia „z wolnej ręki”, w którym ma być zawarta umowa z MPO, uniemożliwia Odwołującemu ewentualne uzyskanie zamówienia w trybie konkurencyjnym.

Niewątpliwie Odwołujący, jako podmiot działający w branży odbioru odpadów, jest bezpośrednio zainteresowany świadczeniem usług objętych przedmiotem zamówienia. W tym miejscu należy odwołać się do poglądu wyrażonego przez Sąd Okręgowy w Gdańsku, który w orzeczeniu z dnia 25 maja 2012 r. następująco odniósł się do istnienia interesu we wniesieniu odwołania przez wykonawcę kwestionującego wybór trybu, w jakim zamówienie ma być udzielone: *"innymi osobami" będą potencjalni wykonawcy, którzy kwestionują prawidłowość zastosowania trybów niekonkurencyjnych przez zamawiającego (zamówienie z wolnej ręki, negocjacje bez ogłoszenia czy też zapytania o cenę). Podmioty te zostają bowiem pozbawione szansy wzięcia udziału w postępowaniu, którą miałyby, gdyby zamawiający prowadził postępowanie w trybie rozpoczynającym się publicznym ogłoszeniem. Podmiot przynależny do tej kategorii legitymowanych do wnoszenia środków ochrony prawnej, analogicznie do innych uprawnionych, musi wykazać, że ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy. W związku z powyższym pozostałe przesłanki materialnoprawne odwołania powodują, iż podmioty zaliczane do omawianej kategorii legitymowanych muszą wykazać swój bezpośredni związek*



z prowadzonym postępowaniem, w którym składają odwołanie, względnie muszą wykazać, że działania lub zaniechania zamawiającego pozbawiają ich możliwości wzięcia udziału w danym postępowaniu. W niniejszym postępowaniu w zakresie zaskarżania wyboru trybu przez podmiot nieuczestniczący w postępowaniu, interes w uzyskaniu danego zamówienia powinien być rozumiany w sposób abstrakcyjny jako potencjalna możliwość uzyskania zamówienia, którego przedmiot jest objęty postępowaniem udzielanym w zaskarżanym trybie. Przesłanka posiadania tak rozumianego "interesu" w uzyskaniu danego zamówienia pozwala zatem I. Sp. z o.o. skarżyć czynności zamawiającego polegające na nieprawidłowym zastosowaniu trybu zamówienia z wolnej ręki (zob. wyrok Sądu Okręgowego w Gdańsku z dnia 25 maja 2012 r., sygn. akt: XII Ga 92/12, LEX nr 1222127).

W takiej samej sytuacji znajduje się także Odwołujący. Tym samym uznać należy, że Odwołujący wykazał przesłankę materialnoprawną dopuszczalności odwołania.

UZASADNIENIE

I. Okoliczności faktyczne istotne dla sprawy

1. W dniu 14 stycznia 2022 r. Zamawiający opublikował informację o zamiarze zawarcia z MPO umowy w przedmiocie odbioru odpadów komunalnych z dzielnic m.st. Warszawy Białołęka, Targówek, Ochota, Ursus, Włochy, Śródmieście, Bemowo, Wola i Mokotów w oparciu o przepis art. 214 ust. 1 pkt 11 Pzp. **Zamawiający oszacował wartość zamówienia na kwotę 973.781.801,06 zł.**
2. W ogłoszeniu o zamiarze zawarcia umowy z MPO Zamawiający w następujący sposób uzasadnia wybór niekonkurencyjnego trybu „z wolnej ręki”, w jakim zamierza udzielić zamówienia:

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, jedynemu Wspólnikowi Spółki, jakim jest m.st. Warszawa, przysługuje wynikające z art. 212 § 1 ustawy z dnia 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. 288, art. 201 § 4, art. 215 czy art. 255 § 1 ksh.

Mając na uwadze fakt, że 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 przepisów 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 Nadzorca 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 Zgromadzenie Wspólników posiada kompetencje do zatwierdzania przygotowanego przez Zarząd projektu rocznego planu gospodarowania 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 Wspólników.

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.

Dowód: ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy

II. Niewykazane spełnienia przesłanek udzielenia zamówienia in-house

3. Zgodnie z art. 214 ust. 1 pkt 11 Pzp Zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki, jeżeli są łącznie spełnione następujące warunki, tj. jeżeli zamówienie udzielane jest przez

zamawiającego, o którym mowa w art. 4 i art. 5 ust. 1 pkt 1 Pzp, osobie prawnej, jeżeli spełnione są łącznie następujące warunki:

- a) zamawiający sprawuje nad tą osobą prawną kontrolę, odpowiadającą kontroli sprawowanej nad własnymi jednostkami, polegającą na dominującym wpływie na cele strategiczne oraz istotne decyzje dotyczące zarządzania sprawami tej osoby prawnej; warunek ten jest również spełniony, gdy kontrolę taką sprawuje inna osoba prawna kontrolowana przez zamawiającego w taki sam sposób,
 - b) **ponad 90% działalności kontrolowanej osoby prawnej dotyczy wykonywania zadań powierzonych jej przez zamawiającego sprawującego kontrolę lub przez inną osobę prawną, nad którą ten zamawiający sprawuje kontrolę, o której mowa w lit. a,**
 - c) w kontrolowanej osobie prawnej nie ma bezpośredniego udziału kapitału prywatnego.
4. W ocenie Odwołującego Zamawiający nie wykazał, że w odniesieniu do MPO są spełnione wszystkie przesłanki udzielenia zamówienia, o których mowa w przepisie art. 214 ust. 1 pkt 11 Pzp. **W szczególności nie zostało wykazane przez Zamawiającego w sposób obiektywny, że ponad 90% działalności MPO dotyczy zadań powierzonych tej spółce przez Zamawiającego.**
5. W pierwszej kolejności Odwołujący zwraca uwagę, że to na Zamawiającym spoczywa ciężar wykazania, że w określonym stanie faktycznym są spełnione wszystkie przesłanki, o których mowa w art. 214 ust. 1 pkt 11 Pzp. Jak bowiem wskazuje się w orzecznictwie (wydanym co prawda na tle poprzednio obowiązującej ustawy, ale zachowującym aktualność): *wykazanie to i zastosowanie trybu niekonkurencyjnego, jako odstępstwo od zasady udzielania zamówień w trybach konkurencyjnych, nie może budzić żadnych wątpliwości. **Obowiązek publikacji ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy w trybie zamówienia z wolnej ręki, ma na celu umożliwienie innym podmiotom dokonania oceny, czy faktycznie istnieją podstawy do udzielenia zamówienia w trybie in-house. Zobowiązując Zamawiającego do zamieszczenia takiej informacji, ustawodawca zapewnił ochronę zasady konkurencji i przejrzystości, a potencjalnym wykonawcom dał możliwość zweryfikowania spełniania m.in. przesłanek z art. 67 ust. 1 pkt 12 Pzp, którzy w przypadku przekonania, że brak jest podstaw do udzielenia zamówienia in-house w oparciu o ten przepis, mają prawo wnieść odwołanie i w takim kontekście przedmiotowe odwołanie jest rozpoznawane przez Izbę.*** (zob. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 czerwca 2020 r., sygn. akt: KIO 950/20, LEX nr 3043794).
6. W myśl art. 216 ust. 1 Pzp przed udzieleniem zamówienia na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 11 Pzp zamawiający zobligowany jest do zamieszczenia w Biuletynie Zamówień Publicznych ogłoszenia o zamiarze zawarcie umowy zgodnie z zasadami określonymi w dziale III, rozdziale 2 Pzp, które odsyłają między innymi do postanowień rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie ogłoszeń zamieszczanych w Biuletynie



Zamówień Publicznych. W załączniku nr 2 do wyżej wymienionego rozporządzenia ustawodawca nałożył na zamawiających obowiązek „**uzasadnienia faktycznego i prawnego wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia albo zamówienia z wolnej ręki**”. Odwołujący nie zaprzecza, że Zamawiający opublikował ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy w Biuletynie Zamówień Publicznych, ale zarzuca Zamawiającemu, że treść zamieszczonego ogłoszenia nie wypełnia swoim zakresem wszystkich obowiązków, jakie na Zamawiającego nakładają przepisy Pzp i aktów wykonawczych do tej ustawy, przez co ogłoszenie nie spełnia swojej funkcji, tj. nie pozwala wykonawcom i innym podmiotom na zweryfikowanie, czy w zaistniałym stanie faktycznym Zamawiający jest rzeczywiście uprawniony do udzielenia MPO zamówienia in-house. W szczególności Zamawiający **nie wykazał**, że w odniesieniu do MPO jest spełniona przesłanka udzielenia zamówienia, o której mowa w art. 214 ust. 1 pkt 11 lit. b) Pzp, a w konsekwencji nie wykazał także, że udzielenie MPO przedmiotowego zamówienia w niekonkurencyjnym trybie „z wolnej ręki” jest w ogóle możliwe.

7. W zakresie dotyczącym wykazania spełnienia przesłanki, o której mowa w art. 214 ust. 1 pkt 11 lit. b) Pzp, Zamawiający ograniczył się bowiem wyłącznie do ogólnikowego i enigmatycznego stwierdzenia, że: *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*. Samo oświadczenie Zamawiającego w tym zakresie nie może być uznane za wystarczające dla wykazania w sposób obiektywny i niebudzący wątpliwości, że wszystkie przesłanki do skorzystania z trybu udzielenia zamówienia „z wolnej ręki” są spełnione. Konieczność „wykazania” określonej okoliczności wymaga bowiem pogłębionej aktywności ze strony Zamawiającego, w tym przede wszystkim przygotowania odpowiedniego uzasadnienia określonej okoliczności faktycznej, czego Zamawiający zaniechał. Czasownik „wykazać” oznacza tyle, co „przedstawić coś w przekonujący sposób”. Tymczasem treść ogłoszenia zamieszczonego przez Zamawiającego wręcz potęguje pytania i wątpliwości wykonawców, zamiast je rozwiewać.
8. Odwołujący zwraca uwagę, że „Analiza spełnienia przez MPO warunku, o którym mowa w art. 214 ust. 1 pkt 11 lit. b”, nie została udostępniona przez Zamawiającego na stronie, na której prowadzone jest Postępowanie.

Dowód: zrzut ekranu ze strony: <https://ezamowienia.gov.pl/mp-client/search/list/ocds-148610-77cb3c61-6979-11ec-ae77-fe331fedffdc>

Odwołujący nie wie nawet, w jakiej formie analiza taka została sporządzona i czy w ogóle została sporządzona. Chcąc skorzystać z przysługującego mu uprawnienia do weryfikacji podstaw do udzielenia MPO zamówienia w trybie „z wolnej ręki”, Odwołujący zwrócił się



wprost do Zamawiającego z wnioskiem o udostępnienie mu takiej analizy, jednak do dnia wniesienia niniejszego odwołania nie otrzymał jej od Zamawiającego.

Dowód: wniosek Odwołującego o udostępnienie „Analiza spełnienia przez MPO warunku, o którym mowa w art. 214 ust. 1 pkt 11 lit. b”

9. Zachowanie Zamawiającego pozbawiło więc Odwołującego realnej możliwości sprawdzenia, czy MPO spełnia warunki zastosowania trybu zamówienia z „wolnej ręki”, a w konsekwencji stanowi naruszenie przepisów Pzp. W wyroku z dnia 3 marca 2017 r. Krajowa Izba Odwoławcza zwracała uwagę, że: *brak wymaganego przepisami ustawy Pzp uzasadnienia faktycznego wyboru trybu udzielenia zamówienia z wolnej ręki, dowodzi braku wykazania przez Zamawiającego przesłanek niezbędnych do udzielenia zamówienia w trybie in house, w szczególności braku spełnienia przesłanki z art. 67 ust. 1 pkt 12 lit. b ustawy Pzp. **Okoliczność ta uniemożliwia weryfikację prawidłowości zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki i stanowi naruszenie przepisów ustawy, które może mieć istotny wpływ na wynik postępowania, co powoduje konieczność uwzględnienia odwołania przez Izbę i nakazania unieważnienia postępowania wszczętego w trybie zamówienia z wolnej ręki. Prowadzone postępowanie z uwagi na wskazane wyżej uchybienia obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. W sytuacji bowiem zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki z naruszeniem przepisów ustawy, ewentualna przyszła umowa w sprawie zamówienia publicznego podlegałaby unieważnieniu (art. 93 ust. 1 pkt 7 oraz 146 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp) (zob. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 3 marca 2017 r., sygn. akt: KIO 328/17, LEX nr 2256442).***
10. Odwołujący zwraca przy tym uwagę, że Zamawiający w ogłoszeniu o zamiarze zawarcia umowy nie wskazał nawet, w oparciu o jakie dokumenty źródłowe dokonał przedmiotowej analizy i w jaki sposób zweryfikował, że ponad 90% działalności MPO dotyczy wykonywania zadań powierzonych spółce przez Zamawiającego. Odwołujący wskazuje, że nie ma nawet możliwości podjęcia próby samodzielnej weryfikacji takiego twierdzenia Zamawiającego na podstawie ogólnodostępnych dokumentów finansowych spółki z uwagi na niedostępność dokumentów finansowych MPO za rok 2021. Tymczasem przepis art. 214 ust. 5 Pzp wymaga, aby przy obliczaniu procentu działalności uwzględnić średni przychód za 3 lata poprzedzające udzielenie zamówienia. Odwołujący zawnioskował nawet bezpośrednio do MPO o udostępnienie takich dokumentów, ale ponownie nie uzyskał odpowiedzi.

Dowód: wniosek Odwołującego o udostępnienie dokumentów finansowych MPO za rok 2021



11. Ogólnikowe i lakoniczne stwierdzenie Zamawiającego w ogłoszeniu o zamiarze zawarcia umowy, że przesłanka udzielenia zamówienia, o której mowa w art. 214 ust. 1 pkt 11 lit. b) Pzp, jest spełniona,:

- bez sprecyzowania nawet, na jakim poziomie procent ten ma być spełniony,
- bez poparcia tych twierdzeń jakimkolwiek dokumentem lub szczegółowym uzasadnieniem,
- bez wskazania dokumentów źródłowych, na podstawie których ustalenia te zostały poczynione,

świadczy o rażącym naruszeniu przez Zamawiającego wymogu prowadzenia Postępowania w sposób przejrzysty i zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Swoim zachowaniem Zamawiający narusza więc fundamentalną zasadę zamówień publicznych, jaka wyrażona została w art. 16 Pzp. W tym stanie rzeczy nie sposób uznać, że Zamawiający przedstawił faktyczne i prawne uzasadnienie wyboru trybu udzielenia przedmiotowego zamówienia, tj. „zamówienia z wolnej ręki”. Biorąc przy tym pod uwagę ogólnikowość treści ogłoszenia o zamiarze zawarcie umowy, uznać więc należy, że uzasadnienie w nim zawarte ma charakter wręcz pozorny. W rzeczywistości Odwołujący (ale też inni wykonawcy) został całkowicie pozbawiony możliwości sprawdzenia, czy działanie Zamawiającego w postaci zamiaru udzielenia zamówienia MPO w trybie „z wolnej” ręki znajduje swoje uzasadnienie w świetle przepisów Pzp. Tym samym Zamawiający prowadzi Postępowanie w sposób nieprzejrzysty i nakierowany wyłącznie na interes jednego wykonawcy, tj. spółki MPO.

12. Co więcej, opublikowane przez Zamawiającego ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy nie zawiera uzasadnienia wybranego trybu udzielenia zamówienia w kontekście wyników analizy potrzeb i wymagań, którą Zamawiający, zgodnie z art. 83 Pzp, winien był przeprowadzić. W kontekście nowej ustawy Pzp i zmian, jakie ustawa ta wprowadziła do procesu udzielania zamówień publicznych, wydaje się, że wyniki tej analizy powinny znaleźć odzwierciedlenie w treści ogłoszenia o zamiarze udzielenia zamówienia, jako kluczowy element uzasadnienia wyboru trybu zamówienia z „wolnej ręki”. *Ratio legis* tego przepisu nakazuje zamawiającym zachowanie spójności i pewnego ciągu logicznego działań, którego pierwszym krokiem jest analiza, o której mowa w art. 83 Pzp. **Nowa ustawa Pzp zmieniła przecież model działania zamawiających, obligując ich do działania przemyślanego, przejrzystego, ale przede wszystkim uzasadnionego.** Stąd też, skoro Zamawiający był zobligowany do przeprowadzenia takiej analizy, to jej wyniki powinny znaleźć swój wyraz także w treści ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy. W ten sposób Zamawiający wykazałby także, że wybrany przez niego tryb udzielenia zamówienia prowadzi do uzyskania najlepszej jakości usługi i najlepszych efektów zamówienia, a więc że Postępowanie jest prowadzone w sposób zgodny z art. 17 ust. 1 Pzp, ale też w sposób przejrzysty. Opublikowane przez Zamawiającego ogłoszenie także i tych

elementów nie zawiera. Odwołujący kwestię tę opisał szerzej w pkt III uzasadnienia odwołania, do której w tym miejscu także się odwołuje.

13. Jak przy tym podkreśla się w najnowszym 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. Zdaniem Izby w okolicznościach rozpoznawanej sprawy Zamawiający nie sprościli 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. (zob. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 czerwca 2021 r., sygn. akt: KIO 731/21 i KIO 747/21, LEX nr 3197933).*
14. **Sposób, w jaki Zamawiający uzasadnia wybór trybu udzielenia zamówienia, budzi tym większe wątpliwości, że Zamawiający w treści ogłoszenia bardzo szczegółowo opisuje kwestię sprawowania kontroli nad MPO, podając liczne przykłady, które potwierdzają spełnienie tej przesłanki, cytując nawet stosowne zapisy z aktu założycielskiego spółki. W przypadku drugiej, kluczowej, przesłanki udzielenia zamówienia, Zamawiający nie jest nawet w stanie podać, jaki dokładnie procent działalności MPO dotyczy zadań powierzonych. Dysproporcja w sposobie uzasadnienia poszczególnych przesłanek widoczna jest niemal od razu.**
15. Odwołując ponownie podkreśla, że wykazanie spełnienia przesłanki udzielenia zamówienia, o której mowa w art. 214 ust. 1 pkt 11 lit. b) Pzp, było obowiązkiem Zamawiającego, a zaniechanie to uniemożliwia wykonawcom skorzystanie z przysługujących im uprawnień do kontroli poprawności działań Zamawiającego. W efekcie prowadzi to do konkluzji, że przesłanki te nie są spełnione. Odwołujący podkreśla przy tym, że ogólnodostępne dokumenty finansowe MPO pokazują, że spółka ta poszczególne przychody ujawnia w sposób „zbiorczy”,



tj. bez wskazywania źródła tego przychodu. **Nie sposób zatem ustalić, czy określony przychód dotyczy zadań powierzonych jej przez Zamawiającego czy też nie.**

Przychody ze sprzedaży produktów osiągnięte w roku 2020 wyniosły 914,4 mln zł i były o 290 mln zł wyższe do porównywanego roku 2019 (624,5 mln zł).

Przychody netto ze sprzedaży produktów

dane w tys. zł	Wykonanie		Odchylenie r/r		Struktura 2020
	2019	2020	kwotowo	%	
Przychody ze sprzedaży	624 460	914 369	+289 909	146,4%	100,0%
Odbiór i unieszkodliwianie odpadów	615 691	906 640	+290 950	147,3%	99,2%
Usługi komunalne	457	606	+149	132,5%	0,1%
Wynajem i reklama	7 875	6 774	-1 101	86,0%	0,7%
Pozostałe przychody	437	349	-88	79,9%	0,0%

Dowód: sprawozdanie z działalności MPO za rok obrotowy 2020

Odwołujący wskazuje przy tym, że MPO świadczy usługi odbioru odpadów komunalnych nie tylko na zlecenie m. st. Warszawy, ale też innych jednostek samorządu terytorialnego (np. Sulejówek, Marki) i właścicieli nieruchomości niezamieszkałych. Co więcej, Zamawiający podjął decyzję, że **od 1 sierpnia 2020 r.** z systemu miejskiego odbioru odpadów wyłączone zostały nieruchomości niezamieszkałe. Od tego momentu więc odbiór odpadów z nieruchomości niezamieszkałych jest dla MPO działalnością komercyjną, przychody z tego tytułu osiąmane przez MPO nie mogą być traktowane jako przychody z działalności powierzonej przez Zamawiającego. Sama MPO w swoim sprawozdaniu z działalności za rok obrotowy 2020 r., dostępnym na stronie: <https://ekrs.ms.gov.pl/> wyraźnie zaznacza w odniesieniu do nieruchomości niezamieszkałych, że „stopniowo odzyskuje rynek komercyjny”. Powyższe oznacza, że struktura przychodów MPO w ostatnich latach ulegała zmianom i spółka podejmuje (z powodzeniem, jak widać) działania mające na celu rozszerzenie działalności komercyjnej ponad zadania, które powierzył jej Zamawiający. Nie jest znana przy tym struktura przychodów MPO za rok 2021, która może być zupełnie inna niż w poprzednich latach z uwagi na zmiany w zakresie systemu gospodarki odpadami, które wprowadził Zamawiający. Dodatkowo Odwołujący zwraca uwagę na specyfikę działania MPO, która aktualnie pełni raczej funkcję „organizatora” zagospodarowania i transportu odpadów niż samodzielnie realizuje takie zadania, co tym bardziej powinno zostać wyjaśnione przez Zamawiającego w odniesieniu do przychodów, jakie z tego tytułu osiągać ma MPO. Odwołujący zwraca także uwagę, że zakres działalności MPO jest bardzo szeroki i obejmuje, poza odbiorem i zagospodarowaniem odpadów, także między innymi: odprowadzanie i oczyszczanie ścieków, utrzymanie porządku w budynkach, zagospodarowanie terenów zieleni, produkcję wyrobów z betonu, cementu i gipsu, produkcję wyrobów ze stali, produkcja metalowych elementów konstrukcyjnych, produkcja zbiorników, cystern i pojemników metalowych produkcja wytwornic pary, kucie, prasowanie, wylaczanie i walcowanie metali, obróbka metali i nakładanie powłok na metale, produkcja pozostałych maszyn ogólnego przeznaczenia, naprawa i konserwacja metalowych wyrobów gotowych, maszyn i urządzeń, pobór, uzdatnianie i dostarczanie wody, wykonywanie



robót budowlanych, konserwacja i naprawa pojazdów, sprzedaż hurtowa i detaliczna części i akcesoriów do pojazdów, sprzedaż detaliczna paliw, transport drogowy towarów, magazynowanie i przechowywanie towarów, a nawet usługi branży hotelarskiej, turystycznej, catering, zarządzanie nieruchomościami, co także ma znaczenie z punktu widzenia możliwości weryfikacji przychodu, jaki w ostatnich trzech latach MPO osiągnęła w związku z realizacją powierzonych jej przez Zamawiającego zadań.

16. Obowiązkiem Zamawiającego było więc wykazanie przychodów MPO, jakie dotyczą zadań, które Zamawiający powierzył spółce, czego Zamawiający zaniechał, tym samym pozbawiając wykonawców możliwości weryfikacji, czy rzeczywiście ponad 90% działalności MPO dotyczy zadań powierzonych tej spółce przez Zamawiającego, a w konsekwencji zweryfikowanie, czy są spełnione wszystkie przesłanki udzielenia MPO zamówienia, o których mowa w art. 214 ust.1 pkt 11 Pzp. W świetle powyższego zasadny jest stawiany przez Odwołującego zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 214 ust. 1 pkt 11 Pzp w zw. z art. 214 ust. 5 Pzp w zw. z art. 216 ust. 1 Pzp w zw. z art. 272 ust. 2 Pzp w zw. z §2 pkt 2 oraz ust. 4 Załącznika nr 2 do rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie ogłoszeń zamieszczanych w Biuletynie Zamówień Publicznych zw. z art. 16 pkt 1 i 2 Pzp w zw. z art. 83 ust. 1,2 i 3 Pzp w zw. z art. 17 ust. 1 Pzp.

III. Zamiar udzielenia zamówienia w trybie „z wolnej ręki” w kontekście zasady jakości i efektywności

17. Zgodnie z art. 17 ust. 1 Pzp: Zamawiający udziela zamówienia w sposób zapewniający:
- 1) *najlepszą jakość dostaw, usług, oraz robót budowlanych, uzasadnioną charakterem zamówienia, w ramach środków, które zamawiający może przeznaczyć na jego realizację, oraz*
 - 2) *uzyskanie najlepszych efektów zamówienia, w tym efektów społecznych, środowiskowych oraz gospodarczych, o ile którykolwiek z tych efektów jest możliwy do uzyskania w danym zamówieniu, w stosunku do poniesionych nakładów.*
18. Powyższa zasada nakłada na zamawiających konieczność udzielenia zamówienia publicznego w taki sposób, aby zapewnić, że wybrany przez Zamawiającego model działania prowadzi do uzyskania jak najwyższej jakości świadczonych usług i jak najlepszych efektów zamówienia, oczywiście w ramach możliwości finansowych Zamawiającego. Zamawiający jest zobligowany do respektowania tej zasady (podobnie jak innych zasad ustanowionych w Pzp) niezależnie od trybu, w jakim zamierza udzielić zamówienia. Każde działanie lub zaniechanie Zamawiającego powinno być bowiem w pierwszej kolejności analizowane przez pryzmat zachowania przez niego zasad, które stanowią swego rodzaju fundament każdego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Przywołane zasady udzielania zamówień zawarte są w Rozdziale 2

Działu I Pzp – **Przepisy ogólne**, więc już sama systematyka ustawy nakłada na zamawiających konieczność respektowania tych przepisów. Odwołujący zwraca przy tym uwagę, że przepisy Pzp nie zawierają w tym zakresie wyłączeń odnoszących się do zamówień udzielanych w trybie „z wolnej ręki”. Gdyby ustawodawca chciał dokonać jakichkolwiek wyłączeń czy ograniczenia stosowania przepisów ogólnych Pzp, w tym zasad udzielania zamówień, uczyniłby to wprost, jak ma to miejsce w przepisie art. 215 Pzp, gdzie dokonano wyraźnego ograniczenia stosowania określonych przepisów Pzp.

19. Powyższą zasadę, w kontekście planowanego przez Zamawiającego udzielenia MPO zamówienia w niekonkurencyjnym trybie „z wolnej” ręki, należy łączyć z obligatoryjną w przypadku postępowań powyżej „progów unijnych”, analizą potrzeb Zamawiającego, której wymóg przeprowadzenia, cel i zakres określa przepis art. 83 Pzp. Również i w tym przypadku ustawodawca nie przewidział żadnych wyłączeń w odniesieniu do zamówień, które mają być udzielane na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 11 Pzp (inaczej niż to ma miejsce np. w przypadku art. 214 ust. 1 pkt 5 Pzp). Wręcz przeciwnie, rzetelnie przeprowadzana analiza powinna pokazać zamawiającemu, jakie są jego cele i potrzeby oraz to, w jakim trybie powinien on udzielić zamówienia. Brak rzetelnie przeprowadzonej analizy, o której mowa w art. 83 Pzp, skutkować powinien brakiem możliwości udzielenia zamówienia w trybie art. 214 ust. 1 pkt 11 Pzp i to niezależnie od tego, czy formalnie wykazane zostanie, że są spełnione przesłanki udzielenia takiego zamówienia, o których mowa w art. 214 ust. 1 pkt 11 Pzp. Każdorazowo decyzja o zastosowaniu takiego trybu udzielenia zamówienia powinna znajdować uzasadnienie w potrzebach Zamawiającego i spodziewanych przez niego efektach, dzięki czemu Zamawiający dałby dopiero wyraz realizacji zasady, o której mowa w art. 17 ust. 1 Pzp. Aby to uczynić, musi jednak w sposób prawidłowy przeprowadzić analizę, o której mowa w art. 83 Pzp, która jest bazą, w oparciu o którą Zamawiający powinien dopiero podejmować dalsze działania, w tym także dokonywać wyboru trybu udzielenia zamówienia. Tak, jak to już zostało wskazane we wcześniejszym punkcie niniejszego odwołania, wynik tej analizy powinien także znaleźć odzwierciedlenie w treści ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy, jako kluczowy element uzasadnienia faktycznego i prawnego wyboru trybu zamówienia z „wolnej ręki”. Spójnym i logicznym zachowaniem każdego zamawiającego powinno być w pierwszej kolejności rzetelne przeprowadzenie analizy, o której mowa w art. 83 Pzp, której wyniki powinny determinować dalsze decyzje Zamawiającego. Tylko w ten sposób Zamawiający jest w stanie, w sposób niebudzący wątpliwości wykazać, że wybrany przez niego tryb udzielenia zamówienia prowadzi do uzyskania najlepszej jakości usługi i najlepszych efektów zamówienia, a więc że Postępowanie jest prowadzone w sposób zgodny z art. 17 ust. 1 Pzp, ale też w sposób przejrzysty i zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Decyzja o wyłączeniu konkurencji nie powinna być więc decyzją arbitralną, uzależnioną wyłącznie od woli Zamawiającego, a powinna być przemyślana i poparta potrzebami i wymaganiami Zamawiającego, które Zamawiający opisze i uzasadni.



20. Zgodnie z art. 83 ust. 1, 2 i 3 Pzp:

1. Zamawiający publiczny, przed wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia, dokonuje analizy potrzeb i wymagań, uwzględniając rodzaj i wartość zamówienia.
2. Analiza, o której mowa w ust. 1, obejmuje w szczególności:
 - 1) badanie możliwości zaspokojenia zidentyfikowanych potrzeb z wykorzystaniem zasobów własnych;
 - 2) rozeznanie rynku:
 - a) w aspekcie alternatywnych środków zaspokojenia zidentyfikowanych potrzeb,
 - b) w aspekcie możliwych wariantów realizacji zamówienia albo wskazuje, że jest wyłącznie jedna możliwość wykonania zamówienia
3. Analiza, o której mowa w ust. 1, wskazuje:
 - 1) orientacyjną wartość zamówienia dla każdego ze wskazanych wariantów, o których mowa w ust. 2 pkt 2 lit. b;
 - 2) możliwość podziału zamówienia na części;
 - 3) przewidywany tryb udzielenia zamówienia;
 - 4) możliwość uwzględnienia aspektów społecznych, środowiskowych lub innowacyjnych zamówienia;
 - 5) ryzyka związane z postępowaniem o udzielenie i realizacją zamówienia.

21. Rada Zamówień Publicznych w uzgodnieniu z Prezesem Urzędu Zamówień Publicznych opublikowała „Wskazówki dla zamawiających publicznych do opracowania analizy potrzeb i wymagań” (<https://www.uzp.gov.pl/aktualnosci/wskazowki-dla-zamawiajacych-publicznych-do-opracowania-analizy-potrzeb-i-wymagan>): *Po zidentyfikowaniu konkretnej potrzeby zamawiający bada możliwość jej zaspokojenia z wykorzystaniem zasobów własnych, poprzez rozeznanie rynku poszukuje możliwości zastosowania alternatywnych w stosunku do zamówienia środków jej zaspokojenia, a także bada możliwe warianty realizacji zamówienia w celu jej zaspokojenia. Po dokonaniu analizy zamawiający podejmuje decyzję, jakimi środkami zaspokoi zidentyfikowaną konkretną potrzebę – poprzez udzielenie zamówienia, realizację zasobami własnymi lub alternatywnym środkiem w stosunku do zamówienia. (...) **Należy również podkreślić, że pomimo konieczności uwzględnienia w ramach analiz potrzeb i wymagań możliwości zaspokojenia potrzeby przy pomocy zasobów własnych, nie ma podstaw do przyjęcia, że zaspokojenie takich potrzeb zasobami własnymi zamawiającego ma prymat nad udzieleniem zamówienia. Wręcz przeciwnie, wybranie sposobu zaspokojenia potrzeby powinno być jednym z wyników analizy potrzeb i wymagań. Zamawiający, opierając się na zobiektywizowanej ocenie, może bowiem stwierdzić, jaki model - zasobami własnymi, powierzenie wykonawcy czy częściowo przy pomocy zasobów własnych (np. rzeczowych), a częściowo poprzez powierzenie wykonawcy - może najefektywniej zaspokoić potrzebę. (...)***

Orientacyjna wartość analizowanego wariantu to wartość oszacowana przez zamawiającego w przybliżeniu, np. na podstawie rozeznania rynku. Dla określenia orientacyjnej wartości zamówienia w każdym z wariantów można posłużyć się danymi pozyskanymi w wyniku:

- *analizy ogólnodostępnych informacji, cenników, wydruków ze stron internetowych,*
- *analizy ofert z poprzednich postępowań (z uwzględnieniem zmian warunków oraz zmian rynkowych),*
- *kontaktów z innymi zamawiającymi,*
- *analizy wyników postępowań o udzielenie zamówień publicznych z TED/BZP (z uwzględnieniem różnorodności uwarunkowań),*
- *analizy ofert orientacyjnych przesłanych w ramach rozeznania rynku.*

22. Jak wskazują przedstawiciele doktryny: *Zgodnie z wymogiem komentowanego przepisu rozeznanie rynku winno odbyć się w dwóch wymiarach: w aspekcie alternatywnych środków zaspokojenia zidentyfikowanych potrzeb oraz w aspekcie możliwych wariantów realizacji zamówienia. **Może bowiem się okazać, w wyniku przeprowadzonego rozeznania rynku, że przyjęty przez zamawiającego środek zaspokojenia jego potrzeb nie jest jedynym środkiem, a tym samym niekoniecznie właściwym.** Rozeznanie rynku przeprowadza się również pod kątem możliwych wariantów realizacji zamówienia, chyba że jest tylko jeden wariant – wówczas należy to wskazać w analizie.* (red. Marzena Jaworska, Dorota Grześkowiak-Stojek, Julia Jarnicka, Agnieszka Matusiak *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Legalis 2021).
23. Zgodnie z powyższym, dokonanie takiej analizy będzie rzutowało bezpośrednio na wszystkie kolejne etapy procesu zakupowego. Co więcej, jak wskazuje się w uzasadnieniu do projektu ustawy Pzp, sama analiza ma służyć zwiększeniu efektywności systemu zamówień publicznych. Zwiększenie roli planowania w zamówieniach publicznych, poprzez wprowadzenie obowiązku dokonania analizy przed wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia, wskazano w projekcie jako regulację o kluczowym znaczeniu wychodzącą naprzeciw oczekiwaniom podmiotów publicznych jak i wykonawców (Rządowy projekt ustawy – Prawo zamówień publicznych, VIII kadencja, druk sejm. nr 3624; T. Krzyżanowski, *Analiza potrzeb i wymagań*, Legalis 2021).
24. Celem analizy przedwdrożeniowej jest rozpoznanie możliwości zarówno różnego określenia szeroko rozumianego przedmiotu zamówienia, jak i ukształtowania samego procesu zakupowego poprzez jak najlepsze przygotowanie zamówienia od strony organizacyjnej i gospodarczej (M. Stachowiak [w:] W. Dzierżanowski, Ł. Jaźwiński, J. Jerzykowski, M. Kittel, M. Stachowiak, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2021, art. 83).
25. Co więcej, zgodnie z art. 84 ust. 1 Pzp, Zamawiający co prawda nie ma obowiązku przeprowadzenia wstępnych konsultacji rynkowych w celu przygotowania postępowania i

poinformowania wykonawców o swoich planach i wymaganiach dotyczących zamówienia, jednakże fakultatywność tego działania nie wyklucza możliwości jego przeprowadzenia (M. Stepaniuk, *Nowa ustawa – Prawo zamówień publicznych. Praktyczna analiza zmian*. Wyd. 2, Warszawa 2021).

26. Zamawiający, zdaniem Odwołującego, powinien był takie wstępne konsultacje rynkowe przeprowadzić w celu orientacji co do wysokości kosztów związanych z realizacją zamówienia, czynników wpływających na oferowaną cenę, jak i możliwości technologicznych pojazdów i urządzeń wyposażonych w nowoczesne, ekologiczne rozwiązania technologiczne. Podjęcie takich działań pozwalałoby Zamawiającemu nie tylko na właściwe zidentyfikowanie jego potrzeb i wymagań, ale też na wypracowanie możliwych sposobów ich realizacji.
27. *Rozeznanie rynku może prowadzić do zidentyfikowania najlepszego wariantu realizacji zamówienia według kryterium efektywności”. (...) Analiza potrzeb i wymagań powinna zawierać informacje o możliwości zaspokojenia potrzeby przez np. zakład budżetowy lub spółkę prawa handlowego, jeżeli takie zamawiający publiczny posiada wraz z oszacowaniem kosztów i terminów realizacji konkretnych usług, dostaw lub robót budowlanych przez te jednostki. W ramach rozeznania rynku zamawiający powinien też rozważyć, czy powyższa praktyka jest ekonomicznie uzasadniona i czy jednak nie jest korzystniejsze powierzenie wykonania określonych zadań osobom trzecim na podstawie umowy (E. Wiktorowska [w:] A. Gawrońska-Baran, A. Wiktorowski, P. Wójcik, E. Wiktorowska, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2021). Zamawiający ma obowiązek określić, czym będzie się kierował, dokonując tego wyboru, tzn. czy będą to kryteria ekonomiczne, cena lub koszt, termin wykonania czy inne kryteria.*
28. Tymczasem, w realiach przedmiotowej sprawy Zamawiający do chwili upływu terminu na wniesienie odwołania nie przedstawił do publicznej wiadomości, ani też nie przedstawił w odpowiedzi na wniosek Odwołującego, dokumentu „Analiza potrzeb i wymagań” (dalej jako: „Analiza potrzeb”), zatem uniemożliwił Odwołującemu i innym zainteresowanym podmiotom zweryfikowanie, czy Analiza potrzeb została w ogóle wykonana przez Zamawiającego, a jeżeli tak, to czy została wykonana w sposób spełniający powyżej opisane wymagania i czy uzasadnia decyzję Zamawiającego dotyczącą zamiaru udzielenia przedmiotowego zamówienia MPO. Podobnie, ogłoszenie o zamiarze zawarcie umowy, które opublikował Zamawiający w żaden sposób nie nawiązuje do Analizy potrzeb. W konsekwencji nie sposób uznać, że Zamawiający uzasadnił w sposób właściwy dokonany przez siebie wybór trybu udzielenia zamówienia.

Dowód: wniosek Odwołującego o przekazania mu Analizy potrzeb

Co więcej, weryfikacja tego dokumentu ma kluczowe znaczenie dla ustalenia, czy udzielenie zamówienia z wolnej ręki rzeczywiście spowoduje uzyskanie przez Zamawiającego najlepszej jakości świadczonych usług i najlepszych efektów zamówienia w ramach możliwości Zamawiającego. Nie może znikać z pola widzenia także i to, że Analiza potrzeb musi przedstawiać obiektywne dane liczbowe i fakty, które uzasadniają to, że korzystniejsze (pod względem społecznym, gospodarczym lub środowiskom) jest dla Zamawiającego udzielenie zamówienia z wolnej ręki na rzecz MPO. Tymczasem dane, do których Odwołujący ma dostęp, prowadzą do zgoła odmiennego wniosku, tj. że udzielenie MPO zamówienia w trybie niekonkurencyjnym nie jest dla Zamawiającego rozwiązaniem najlepszym z punktu widzenia oczekiwanej jakości i efektów zamówienia, zwłaszcza jeśli wziąć pod uwagę skalę całego przedsięwzięcia, któremu MPO może zwyczajnie nie podołać.

29. Z dostępnych Odwołującemu informacji wynika, że MPO z uwagi na swoją strukturę administracyjną, sposób zarządzania oraz organizacji pracy częstokroć oferuje stawki za wykonanie usług na poziomie wyższym niż konkurenci na rynku lub nie jest w stanie złożyć zamawiającym bardziej korzystnych ofert niż te, składane przez innych wykonawców. Jak zatem w logiczny sposób uzasadnić decyzję Zamawiającego o udzieleniu MPO tak dużego zamówienia w trybie niekonkurencyjnym? Odpowiedzi na to pytanie próżno szukać w opublikowanych na stronie Postępowania dokumentach. Praktyka pokazuje, że spodziewane „obniżenie kosztów działalności systemu” jest tym czynnikiem, który skłania zamawiających do udzielania zamówień swoim spółkom komunalnym, przy czym dotychczasowa aktywność MPO, kondycja finansowa spółki, jej zasoby techniczne, nie potwierdzają tego, aby udzielenie zamówienia tej spółce mogło obniżyć koszty działania systemu i zachować dotychczasowe standardy świadczenia usług, co godzi wprost w zasadę efektywności i jakości wyrażoną w art. 17 ust. 1 Pzp. **Za całkowicie niezrozumiałe w tym kontekście należy więc uznać zachowanie Zamawiającego polegające na odejściu od dotychczasowego modelu udzielania zamówień na odbiór odpadów pochodzących z terenu m.st. Warszawy, który cieszył się dużym zainteresowaniem wśród wykonawców, a o udzielenie zamówienia ubiegało się nie tylko MPO, ale też inni wykonawcy.** Takie rozwiązanie, pozwalające na zachowanie konkurencji na rynku, rzeczywiście przekładało się możliwość wyboru przez Zamawiającego oferty najkorzystniejszej.
30. Mając także na uwadze, że MPO, aby zapewnić płynność finansową swojej działalności, korzysta z różnego rodzaju dotacji i subwencji od Zamawiającego niezwiązanych z realizacją przedmiotowego zamówienia, nie sposób jest nie brać tej okoliczności jako dodatkowo obciążającej budżet Zamawiającego i mającej wpływ na rentowność rozwiązania, jakim jest udzielenie zamówienia z wolnej ręki MPO.

31. Podsumowując, ujawniona przez Zamawiającego dokumentacja nie potwierdza, że udzielenie przedmiotowego zamówienia MPO w niekonkurencyjnym trybie „z wolnej ręki” zapewnia najlepszą jakość usługi uzasadnioną charakterem zamówienia w ramach środków, które zamawiający może przeznaczyć na jego realizację oraz że zapewnia uzyskanie najlepszych efektów zamówienia, w tym efektów społecznych, środowiskowych i gospodarczych. W szczególności udzielenie zamówienia in-house nie spowoduje obniżenia kosztów systemu odbioru odpadów komunalnych na wyższym poziomie niż ten, który można byłoby osiągnąć, gdyby postępowanie o udzielenie przedmiotowego zamówienia toczyło się w jednym z konkurencyjnych trybów udzielenia publicznego. Wniosek taki nie płynie także z obserwacji dotychczasowej działalności (aktywności rynkowej) MPO, analizy jej dokumentacji finansowej (MPO odnotowała przecież stratę za rok obrotowy 2020), struktury administracyjnej spółki, sposobu zarządzania spółką i organizacji jej pracy. W tych okolicznościach zamiar udzielenia przedmiotowego zamówienia MPO w trybie niekonkurencyjnym należy uznać za sprzeczny z art. 214 ust. 1 pkt 11 Pzp w zw. z art. 17 ust. 1 Pzp w zw. z art. 83 ust. 1, 2 i 3 Pzp oraz art. 16 pkt 1, 2 i 3 w zw. z art. 272 ust. 2 Pzp w zw. z §2 pkt 2 oraz ust. 4 Załącznika nr 2 do rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie ogłoszeń zamieszczanych w Biuletynie Zamówień Publicznych.

IV. Ochrona konkurencji i równe traktowanie wykonawców

32. Zgodnie z art. 16 pkt 1 Pzp: *Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.*

33. Ogólnej zasady, nakładającej na zamawiających obowiązek przestrzegania zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, w żaden sposób nie wyłącza ani nie modyfikuje przepis art. 214 ust. 1 pkt 11 Pzp, odnoszący się do zamówień in-house.

34. Co istotne, Odwołujący nie wyklucza przy tym *a priori*, że zastosowanie niekonkurencyjnych trybów udzielenia zamówienia publicznego, w tym także udzielanie zamówień typu in-house, jest niemożliwe. Na taką możliwość wskazują wprost zarówno przepisy krajowej ustawy Pzp, jak i Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE (dalej jako „dyrektywa 2014/14/WE”). Jednak zastosowanie niekonkurencyjnych trybów udzielania zamówienia publicznego powinno mieć charakter wyjątkowy, znajdować oparcie w przepisach i nie może w sposób całkowicie nieuzasadniony naruszać uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Z tych właśnie względów przepisy ustawy Pzp nakładają na zamawiających obowiązek należytego uzasadnienia dokonanego wyboru trybu udzielenia zamówienia.



35. **Samo formalne spełnienie przesłanek wynikających z art. 214 ust. 1 pkt 11 Pzp (które w tym Postępowaniu nie są nawet spełnione) nie jest wystarczające dla potwierdzenia możliwości udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki.** Nowa ustawa Pzp nakazuje spojrzeć na cały proces udzielania zamówień szerzej, tj. kładąc nacisk na maksymalizację jakości i efektów zamówienia, zmuszając zamawiających do przemyślanego, spójnego i logicznego działania. W naukach metodologicznych i naukach zajmujących się logiką wyraźnie rozróżnia się bowiem tzw. warunki konieczne od warunków wystarczających. Przepis art. 214 ust. 1 pkt 11 Pzp i przesłanki w nim zawarte stanowią właśnie warunki konieczne udzielenia zamówienia in-house. Oznacza to, że przepis ten zawiera minimalny katalog okoliczności, które muszą zostać spełnione i wykazane przez zamawiającego, aby w ogóle możliwe było rozważanie udzielenia zamówienia publicznego w tym trybie. Ale nie są to warunki wystarczające dla udzielenia zamówienia w tym sensie, że samo ich spełnienie to zbyt mało. Zastosowanie takiej procedury wymaga bowiem szerszego spojrzenia na całokształt okoliczności faktycznych, ale także na całą ustawę Pzp, o czym wprost przesądził Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej w wyroku z dnia 3 października 2019 r. w sprawie C-285/18. Z zacytowanego powyżej wyroku Trybunału należy wyprowadzić wniosek, że zamawiający są zobowiązani, podejmując decyzję o udzieleniu zamówienia in-house, do stosowania między innymi przepisu art. 16 pkt 1 Pzp, ale podlegają także przepisom uokik. Zamiar udzielenia przez Zamawiającego przedmiotowego zamówienia MPO musi być więc oceniany także pod kątem skutków tej decyzji na innych uczestników rynku i możliwości ewentualnego naruszenia innych przepisów, w tym tych o ochronie konkurencji i konsumentów.
36. Takich rozważań Zamawiający nie przeprowadził, co świadczy o naruszeniu pozycji dominującej w Postępowaniu. Jak wskazuje doktryna: *„Naruszenie zasady uczciwej konkurencji może dotyczyć różnych segmentów postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i wynikać z działania zamawiającego (np. opis przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, opis kryteriów, którymi zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty 51), jak również wykonawcy (np. złożenie oferty zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, złożenie oferty stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji). Na zamawiającym ciąży obowiązek przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, a więc taki, który nie będzie eliminować z udziału w postępowaniu określonej grupy wykonawców bądź nie będzie stwarzać określonej grupie wykonawców uprzywilejowanej pozycji. Czynem nieuczciwej konkurencji jest także działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża interesowi innego przedsiębiorcy bądź klienta lub go narusza (art. 3 ust. 1 u.z.n.k.). Czyny nieuczciwej konkurencji zostały określone w art. 5–17d u.z.n.k. Zasad uczciwej konkurencji powinni przestrzegać także wykonawcy, dlatego zamawiający w postępowaniu powinien uwzględnić również przepisy art. 6 u.o.k.k. (zakaz porozumień, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub*

naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym) i art. 9 u.o.k.k. (zakaz nadużywania pozycji dominującej” (zob. J. Nowicki, M. KołECKI Mikołaj, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, wyd. IV, Opublikowano: WKP 2019).

37. **Odwołujący pragnie podkreślić swoje stanowisko, zgodnie z którym zarówno z przepisów krajowych, jak i unijnych wynika jednoznaczny obowiązek przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców, a także w sposób zgodny z zasadami proporcjonalności i przejrzystości. Tego obowiązku w tym Postępowaniu Zamawiający nie wypełnił, o czym świadczy przede wszystkim ogólnikowy sposób, w jaki Zamawiający uzasadnił swoją decyzję o zamiarze udzielenia MPO zamówienia w trybie „z wolnej ręki”.**
38. Istotą art. 16 pkt 1 Pzp jest konieczność identycznego traktowania wszystkich wykonawców, których sytuacja jest taka sama lub bardzo podobna, i podejmowanie wszelkich działań mających na celu zapewnienie jak najszerzej konkurencji na rynku. Zamawiający nie jest uprawniony do udzielenia zamówień publicznych w sposób, który nastawiony jest na sztuczne, niezajdujące logicznego uzasadnienia, zawężenie konkurencji w postępowaniu lub też obejście przepisów Pzp lub innych powszechnie obowiązujących przepisów prawa, w tym także tych, dotyczących ochrony konkurencji. Takie decyzje powinny być przemyślane i umotywowane, co powinno znaleźć swoje odzwierciedlenie także w ogłoszeniu o zamiarze zawarcia umowy z wykonawcą. W niniejszym stanie faktycznym nie mamy do czynienia z taką sytuacją, co wskazuje na to, że decyzja Zamawiającego była arbitralna i jest przejawem nadużycia przez Zamawiającego pozycji dominującej w Postępowaniu.
39. Zgodnie z art. 6 ust. 1 pkt 6 uokik zakazane są porozumienia, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym, polegające w szczególności na ograniczaniu dostępu do rynku lub eliminowaniu z rynku przedsiębiorców nieobjętych porozumieniem.
40. Następnie, przepis art. 9 ust. 1 uokik stanowi, że: *zakazane jest nadużywanie pozycji dominującej na rynku właściwym przez jednego lub kilku przedsiębiorców. W myśl art. 9 ust. 2 pkt 5 uokik nadużywanie pozycji dominującej polega w szczególności na przeciwdziałaniu ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji. Jak przy tym wyjaśnił Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 19 lutego 2009 r., że praktyką ograniczającą konkurencję jest: przeciwdziałanie ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji”, a zatem zachowanie przedsiębiorcy posiadającego pozycję dominującą, które uniemożliwia lub utrudnia działalność konkurentów na dotkniętym rynku właściwym, poprzez stworzenie barier wejścia na rynek lub rozwoju podmiotów już*



działających na rynku, przy czym chodzi o stworzenie przeszkód o charakterze fundamentalnym, gdyż dotyczących warunków koniecznych dla skutecznego wejścia na rynek lub funkcjonowania na nim. (zob. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 19 lutego 2009 r., sygn. akt: III SK 31/08, LEX nr 503413).

41. Zamawiający jest przy tym przedsiębiorcą w rozumieniu art. 4 pkt 1 lit. a uokik, zgodnie z którym pod pojęciem „przedsiębiorcy” należy rozumieć przedsiębiorcę w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 6 marca 2018 r. – Prawo przedsiębiorców, a także 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 ustawy z dnia 6 marca 2018 r. – Prawo przedsiębiorców.
42. Zgodnie z art. 7 ust. 1 pkt 3 ustawy z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym zaspokajanie zbiorowych potrzeb wspólnoty należy do zadań własnych gminy, a zadania własne obejmują między innymi sprawy wodociągów i zaopatrzenia w wodę, kanalizacji, usuwania i oczyszczania ścieków komunalnych, utrzymania czystości i porządku oraz urządzeń sanitarnych, wysypisk i unieszkodliwiania odpadów komunalnych, zaopatrzenia w energię elektryczną i ciepłą oraz gaz.
43. Zadania związane z utrzymaniem czystości i porządku mieszczą się przy tym bez wątpienia w kategorii usług o charakterze użyteczności publicznej, za których organizację odpowiada gmina (czyli także Zamawiający). Organizacja świadczeń użyteczności publicznej rozumiana powinna być jako wszelkiego rodzaju aktywność polegająca na stworzeniu możliwości i ram świadczenia takich usług, w tym również przez innych przedsiębiorców.
44. Powyższe znajduje zresztą potwierdzenie w uchwale Sądu Najwyższego z dnia 24 lipca 2013 r., gdzie wskazano, że: ***W świetle całokształtu regulacji prawnych dotyczących gminy i poczynionych uwag należy dojść do wniosku, że w celu realizacji zadań własnych gmina w zasadzie prowadzi działalność gospodarczą i jej przedmiot decyduje o gospodarczym charakterze podejmowanej działalności*** (por. uzasadnienie postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 22 sierpnia 2001 r., V CKN 756/00, "Izba Cywilna" 2002, nr 1, s. 64). (zob. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 24 lipca 2013 r., sygn. akt: III CZP 43/13, OSNC 2014/3/25).
45. Powyższe reguły (przepisy uokik) zakazują przedsiębiorcy posiadającemu pozycję dominującą takich zachowań, które utrudniają lub uniemożliwiają innym przedsiębiorcom działalności na określonym rynku właściwym, poprzez niemożność wejścia na ten rynek lub dalszego rozwoju. Zamawiający ma przy tym pozycję dominującą na rynku właściwym, który należy określić jako rynek organizowania usług odbierania odpadów komunalnych z terenu Miasta st. Warszawa. Zgodnie z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w

gminach: *utrzymanie czystości i porządku w gminach należy do obowiązkowych zadań własnych gminy*. Jak z kolei wskazuje się w ust. 2 pkt 1 wyżej wymienionego przepisu, gminy zapewniają czystość i porządek na swoim terenie i tworzą warunki niezbędne do ich utrzymania, w szczególności tworzą warunki do wykonywania prac związanych z utrzymaniem czystości i porządku na terenie gminy lub zapewniają wykonywanie tych prac przez tworzenie odpowiednich jednostek organizacyjnych.

46. W tym miejscu należy zauważyć, że w związku z uznaniem Zamawiającego za przedsiębiorcę organizującego usługi w zakresie odbierania odpadów komunalnych z terenu miasta, jego działania podlegają ocenie z punktu widzenia przepisów ochrony konkurencji i konsumentów. Zostało to bezpośrednio potwierdzone przez Sąd Najwyższy, który w wyroku z dnia 26 stycznia 2017 r. uznał, że: *Rozpocząć należy od odpowiedzi na podstawowe pytanie, czy gmina jako jednostka samorządu terytorialnego może podlegać przepisom o ochronie konkurencji. Pozytywną odpowiedź na to pytanie zawiera art. 4 pkt 1a ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (tekst jedn.: Dz. U. z 2015 r. poz. 184 z późn. zm., dalej powołana jako u.o.k.i.k.). Zgodnie z powołanym przepisem przedsiębiorcą, do którego stosuje się przepisy tej ustawy jest również osoba prawna organizująca lub świadcząca usługi o charakterze użyteczności publicznej. **Nie ulega wobec tego wątpliwości, że pozwane miasto organizujące usługi na w. rynku usług transportu autobusowego, jest przedsiębiorcą do którego stosuje się przepisy tej ustawy** (zob. wyrok Sądu Najwyższego z 26 stycznia 2017 r., sygn. akt: I CSK 252/15, LEX nr 2261781). Co więcej, w przytoczonym wyroku Sąd Najwyższy wskazał również, że: *Wyłączenie gminy spod działania przepisów o ochronie konkurencji mogłoby wynikać z przepisów szczególnych, ale wymagałoby to ich wskazania, tego zaś Sąd Apelacyjny nie uczynił, **co jest zrozumiałe bo takich przepisów nie ma.****
47. Decyzja Zamawiającego o udzieleniu MPO przedmiotowego zamówienia w trybie z wolnej ręki bezsprzecznie oddziałuje na rynek odbierania odpadów komunalnych, bowiem Zamawiający ogranicza krąg podmiotów, które mogą ubiegać się o zamówienie, do jednego przedsiębiorcy, niezależnie od tego, na jakich zasadach świadczenie tej samej usługi oferują lub mogliby zaoferować inni przedsiębiorcy. Zachowanie Zamawiającego stanowi jednoznaczny przykład przeciwdziałania ukształtowaniu warunków niezbędnych do rozwoju konkurencji poprzez całkowite wyłączenie konkurencji w Postępowaniu, a Zamawiający nie próbuje nawet uzasadnić swojego działania. Nie powielając już twierdzeń zawartych we wcześniejszych punktach niniejszego odwołania, skoro ustawodawca nałożył na Zamawiającego obowiązek przeprowadzenia Analizy potrzeb, a następnie przeprowadzenia Postępowania w sposób zapewniający najlepszą jakość usługi i najlepsze efekty zamówienia, to decyzja odnośnie wyboru trybu, w jakim zamówienie zostanie udzielone, musi być konsekwencją uprzednich działań i analiz przeprowadzonych przez Zamawiającego, zamiast być decyzją dowolną. W kontekście nowej ustawy Pzp konieczne jest nowe spojrzenie na cały proces udzielania



zamówień, w tym także zamówień in- house, które muszą być poprzedzone odpowiednimi działaniami ze strony Zamawiającego, które wskazywać będą na zasadność decyzji Zamawiającego o udzieleniu zamówienia w trybie niekonkurencyjnym. Nie po to bowiem ustawodawca wprowadził do nowej ustawy Pzp takie przepisy, jak przepis art. 83 Pzp czy też art. 17 ust. 1 Pzp, któremu ustawodawca nadał rangę zasady.

48. Zamawiający, jako gospodarz Postępowania, obowiązany jest do korzystania ze swoich uprawnień w sposób niedyskryminujący. W ocenie Odwołującego, Zamawiający nadużył swojej dominującej pozycji poprzez uniemożliwienie innym wykonawcom konkurencyjną i równą walkę o udzielenie zamówienia. Zasada zawarta w art. 16 pkt 1 Pzp zobowiązuje zamawiających do identycznego traktowania wszystkich tych wykonawców, których sytuacja jest taka sama lub bardzo podobna.
49. Gdyby Zamawiający zastosował jeden z konkurencyjnych trybów udzielenia zamówienia publicznego (przede wszystkim przetarg ograniczony lub nieograniczony), nie nadużyłby swojej dominującej pozycji, choćby efektem udzielenia zamówienia była niemożność świadczenia tej samej usługi przez innych przedsiębiorców. Ważne jest jednak umożliwienie wykonawcom ubiegania się o udzielenie zamówienie w konkurencyjnych warunkach, a nie pozbawienie ich, w drodze arbitralnej i niezrozumiałej decyzji, takiej możliwości jeszcze zanim złożą swoje oferty.
50. Dodatkowo w tym miejscu Odwołujący pragnie wskazać, że do niniejszego Postępowania nie ma zastosowania art. 3 uokik: *Przepisów ustawy nie stosuje się do ograniczeń konkurencji dopuszczonych na podstawie odrębnych ustaw*. Wskazać należy, że ustawa ta znajduje zastosowanie do zachowań przedsiębiorców w takim zakresie, w jakim ustawodawca dopuścił funkcjonowanie mechanizmu rynkowego, pozostawiając uczestnikom rynku autonomię woli w zakresie kształtowania własnych zachowań rynkowych. Oznacza to, że w przypadku działalności polegającej na organizowaniu rynku, tak jak w niniejszej sprawie, ustawa znajduje zastosowanie tylko do takich działań organizatora rynku, w zakresie których dysponuje on marginesem swobody. Należy bowiem uznać, że art. 3 uokik odnosi się do zachowań przedsiębiorców, które ograniczają konkurencję i które są nakazane (narzucone) przez inne przepisy prawa.
51. W świetle powyższego, w tym zarzutów zawartych w poprzednich punktach, uznać należy, że Zamawiający, jako podmiot posiadający pozycję dominującą na rynku, odpowiedzialny za organizację usługi odbioru odpadów komunalnych z Miasta st. Warszawy, nadużył swojej pozycji, podejmując nieuzasadnioną decyzję o zamiarze udzielenia MPO zamówienia w trybie zamówienia z wolnej ręki, uniemożliwiając ubieganie się o udzielenie zamówienia innym



24 stycznia 2022

wykonawcom, którzy posiadają niezbędne doświadczenie, sprzęt i warunki dla świadczenia takiej usługi na rzecz Zamawiającego.

52. Za zasadny należy więc uznać zarzut naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 214 ust. 1 pkt 11 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp zw. z art. 9 ust. 1 i ust. 2 pkt 5 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 2021 r., poz. 275 j.t. ze zm.), dalej jako „uokik”, w zw. z art. 6 ust. 1 pkt 6 uokik w zw. z art. 272 ust. 2 Pzp w zw. z §2 pkt 2 oraz ust. 4 Załącznika nr 2 do rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie ogłoszeń zamieszczanych w Biuletynie Zamówień Publicznych w zw. z art. 83 ust. 1,2 i 3 Pzp.

Mając powyższe na uwadze, niniejsze odwołanie jest w pełni zasadne.

Radca prawny

Aleksandra Płudowska

Załączniki:

- 1) pełnomocnictwo;
- 2) dowód uiszczenia opłaty skarbowej od pełnomocnictwa;
- 3) KRS Odwołującego;
- 4) dowód uiszczenia wpisu;
- 5) dowody przywołane w odwołaniu;
- 6) dowód przekazania kopii odwołania Zamawiającemu.