

Wrocław, 24 stycznia 2022 r.

**Prezes Krajowej Izby  
Odwoławczej**

ul. Postępu 17a  
02-676 Warszawa

**ODWOŁUJĄCY:**

**Przedsiębiorstwo Usług  
Komunalnych FART-BIS sp. z  
o.o.**

ul. Ściegiennego 268A  
25-116 Kielce  
KRS: 0000185101

zastępowana przez:

r. pr. Tomasza Misia  
Kancelaria ORSO  
tel.: +48 607 348 996  
e-mail: tm@kancelariaorso.pl

**ZAMAWIAJĄCY:**

**Miasto Stołeczne Warszawa**

Urząd m.st. Warszawy  
Pl. Bankowy 3/5  
00-950 Warszawa  
REGON 015259640  
e-mail:  
[zamowieniabzp@um.warszawa.pl](mailto:zamowieniabzp@um.warszawa.pl)  
Tel. +48 22 443 14 00

ORSO Kancelaria Radcy  
Prawnego Tomasz Miś

ul. Międzyleska 3b/19  
50-514 Wrocław

adres korespondencyjny:  
AB Centrum  
al. Armii Krajowej 10a/6 (2 p.)  
50-541 Wrocław

NIP 9680921671  
REGON 022082831

biuro@kancelariaorso.pl  
+48 607 34 89 96  
kancelaria-orso.pl

Dot.: postępowania na „Odbiór odpadów komunalnych z terenu nieruchomości położonych w m. st. Warszawa na lata 2022-2026:



Białołęka, Targówek, Mokotów, Ochota, Ursus, Włochy, Śródmieście, Bemowo, Wola”, nr ref.: ZP/JK/271/IV-172/21

## ODWOŁANIE

Działając w imieniu Odwołującego – Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych FART-BIS Sp. z o.o. – na podstawie udzielonego mi w formie elektronicznej przy użyciu kwalifikowanego podpisu elektronicznego pełnomocnictwa, które załączam, na podstawie art. 513 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (dalej „p.z.p.”), wnoszę odwołanie od niezgodnych z przepisami p.z.p. czynności i zaniechań Zamawiającego polegających na:

- wyborze trybu i wszczęciu postępowania „z wolnej ręki”, prowadzącego do udzielenia zamówienia publicznego na „Odbiór odpadów komunalnych z dzielnic m.st. Warszawy Białołęka, Targówek, Ochota, Ursus, Włochy, Śródmieście, Bemowo, Wola i Mokotów”, na rzecz Miejskiego Przedsiębiorstwa Oczyszczania w m.st. Warszawie Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej jako: „MPO”),
- zaniechaniu wszczęcia postępowania o udzielenie ww. zamówienia w ramach trybów konkurencyjnych, w szczególności w trybie przetargu nieograniczonego,
- nieprawidłowym sporządzeniu dokumentów zamówienia, na skutek czego Zamawiający przyjął, iż dopuszczalne jest udzielenie MPO zamówienia w trybie zamówienia z wolnej ręki oraz nie wykazał spełnienia przesłanek udzielenia zamówienia w tym trybie.

Czynnościom i zaniechaniom Zamawiającego zarzucam naruszenie:

- (1) **art. 216 ust. 1 p.z.p., art. 267 ust. 1 i art. 267 ust. 2 pkt 9 p.z.p. w zw. z pkt. 4 ppkt 2) oraz pkt. 5 ppkt 2) załącznika nr 2 do Rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie ogłoszeń zamieszczanych w Biuletynie Zamówień Publicznych (Dz. U. poz. 2439) oraz art. 16 pkt 2 p.z.p.**, poprzez brak zamieszczenia pełnego uzasadnienia faktycznego i prawnego wyboru trybu udzielenia zamówienia z wolnej ręki w ogłoszeniu o zamiarze zawarcia umowy, podczas gdy informacje te są wymagane i konieczne na podstawie przepisów objętych tym zarzutem,
- (2) **art. 214 ust. 1 pkt 11 lit. b) p.z.p. w zw. z art. 214 ust. 5 p.z.p.**, poprzez przyjęcie, że Zamawiający wykazał spełnienie przesłanki udzielenia zamówienia z wolnej ręki i uznanie, że ponad 90% działalności kontrolowanej osoby prawnej (MPO) dotyczy wykonywania zadań powierzonych jej przez Zamawiającego sprawującego kontrolę, podczas gdy z ogłoszenia o zamiarze udzielenia zamówienia spełnienie tej przesłanki nie wynika,
- (3) **art. 214 ust. 1 pkt 11 lit. b) p.z.p. w zw. z art. 12 ust. 1 lit. b dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE (Dz. Urz. UE L 94 z 28.03.2014, str. 65, z późn. zm., dalej: "Dyrektywa**



**2014/24")**, poprzez błędne uznanie, że ponad 90% działalności kontrolowanej MPO dotyczy wykonywania zadań powierzonych jej przez Zamawiającego sprawującego kontrolę, podczas gdy przychody MPO z tzw. działalności komercyjnej nie pozwalają na osiągnięcie tego wskaźnika,

- (4) **art. 214 ust. 1 pkt 11 lit. a) p.z.p.**, poprzez błędne uznanie, że Zamawiający sprawuje nad MPO kontrolę odpowiadającą kontroli sprawowanej nad własnymi jednostkami, polegającą na dominującym wpływie na cele strategiczne oraz istotne decyzje dotyczące zarządzania sprawami tej osoby prawnej;
- (5) **art. 17 ust. 1 pkt 1 i 2 Pzp w zw. z art. 214 ust. 1 pkt 11 Pzp**, poprzez wszczęcie postępowania o udzielenie Zamówienia w trybie zamówienia z wolnej ręki i zamiar udzielenia zamówienia MPO w sytuacji, gdy Zamawiający nie wykazał, że udzielenie Zamówienia w tym trybie i zawarcie umowy z MPO doprowadzi do realizacji zasad określonych w przywołanych przepisach, a nadto w sytuacji, gdy obiektywnie nie jest możliwe zapewnienie, w przypadku niniejszego Zamówienia, najlepszej jakości usług, uzasadnionych charakterem zamówienia, w ramach środków, które Zamawiający może przeznaczyć na jego realizację, oraz uzyskanie najlepszych efektów zamówienia, w tym efektów społecznych, środowiskowych oraz gospodarczych, w stosunku do poniesionych nakładów, bez umożliwienia konkurencyjnej walki wykonawców o to zamówienie;
- (6) **art. 214 ust. 1 pkt 11 p.z.p. w zw. z art. 16 pkt 1 p.z.p. i art. 17 ust. 1 p.z.p. w zw. z art. 129 ust. 2 p.z.p. 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 konsumentów (dalej jako: "u.o.k.k.")**, poprzez przyjęcie, że spełnienie przesłanek, o których mowa w art. 214 ust. 1 pkt 11 p.z.p. i art. 12 ust. 1 Dyrektywy 2014/24/UE, poprzez niezapewnienie w postępowaniu zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców poprzez udzielenie zamówienia w trybie z wolnej ręki, mimo braku przesłanek dla udzielenia zamówienia w tym trybie, co skutkuje nadużyciem przez Zamawiającego pozycji dominującej na rynku właściwym i stanowi przeciwdziałanie ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji;

Mając na względzie powyższe zarzuty, wnoszę o:

- (1) uwzględnienie odwołania w całości;
- (2) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności polegającej na wyborze trybu udzielenia zamówienia z wolnej ręki dla tego zamówienia;
- (3) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności zmierzającej do zawarcia z MPO umowy z wolnej ręki na odbiór odpadów komunalnych z dzielnic m.st. Warszawy Białołęka, Targówek, Ochota, Ursus, Włochy, Śródmieście, Bemowo, Wola i Mokotów;



- (4) zwrot kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów doradztwa prawnego według norm przepisanych, na podstawie faktury VAT złożonej przez Odwołującego na rozprawie.

Dodatkowo wnoszę o:

- zobowiązanie Zamawiającego, na podstawie art. 536 PZP, do przedstawienia informacji i dokumentów:
  - na podstawie których Zamawiający uznał, że sprawuje nad MPO kontrolę, o której mowa w art. 214 ust. 1 pkt 11 lit a) p.z.p., w tym w szczególności raportów, analiz i dokumentów źródłowych, które legły u podstaw tego uznania,
  - na podstawie których Zamawiający uznał, że ponad 90% przychodów MPO pochodzi z wykonywania zadań powierzonych spółce przez Zamawiającego, tj. potwierdzających spełnienie warunku, o którym mowa w art. 214 ust. 1 pkt 11 lit b) p.z.p., w tym w szczególności raportów, analiz i dokumentów źródłowych, które legły u podstaw tego uznania;
- o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego z dziedziny ekonomii i analiz ekonomicznych, na podstawie art. 531 p.z.p. w zw. z art. 538 ust. 1 p.z.p. i art. 539 ust. 1 p.z.p. i art. 534 ust. 1 p.z.p., w przedmiocie dokonania oceny, jaki procent przychodów MPO stanowi realizacja zadań powierzonych jej przez Zamawiającego w rozumieniu art. 214 ust. 1 pkt 11 lit. b) p.z.p., w szczególności, czy przychód z tych zadań wynosi ponad 90% średnich przychodów MPO za 3 lata poprzedzające udzielenie zamówienia.

### **Termin**

W związku z faktem, że wartość przedmiotu zamówienia, objętego Postępowaniem jest wyższa od kwot wskazanych w art. 515 ust. 3 pkt 1 PZP, odwołanie wnosi się w terminie 10 dni od powzięcia informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę do jego wniesienia.

Odwołujący powziął informację o zaskarżonych czynnościach Zamawiającego z Ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy nr 2022/BZP 00020418 opublikowanego 14 stycznia 2022 r. pod linkiem <https://ezamowienia.gov.pl/mo-client-board/bzp/notice-details/id/08d9d768-3e4f-76bb-25f5-fa00015ff18e>. To odwołanie zostało zatem wniesione w terminie wynikającym z art. 515 ust. 3 pkt 1 PZP.

### **Interes Odwołującego we wniesieniu odwołania**

Odwołujący prowadzi działalność gospodarczą w zakresie gospodarki odpadami, w tym odbioru odpadów komunalnych.



Odwołujący wskazuje, iż zaskarżone czynności Zamawiającego naruszają interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia, poprzez niezasadne zastosowanie przez Zamawiającego trybu zamówienia z wolnej ręki z pominięciem innych zainteresowanych wykonawców, w tym Odwołującego. Bezpośrednim następstwem dokonanych naruszeń przepisów p.z.p. jest szkoda w majątku Odwołującego w postaci braku możliwości uzyskania tego zamówienia, mimo posiadania zdolności i potencjału oraz gotowości do jego realizacji. W przypadku uwzględnienia odwołania przez Izbę oraz dokonaniu przez Zamawiającego żądanych czynności, Odwołujący będzie mógł uzyskać to zamówienie, co niewątpliwie jest zgodne z jego interesem.

Nie powinno przy tym budzić wątpliwości, zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z 22 czerwca 2016 r., sygn. akt KIO 983/16, że „interes w uzyskaniu danego zamówienia nie może być interpretowany ściśle przez odniesienie się wyłącznie do danego postępowania o zamówienie publiczne, którego wynikiem ma być umowa o zamówienie publiczne. Wynika to w ocenie Izby z konieczności zachowania nadrzędnej zasady postępowania, jaką jest konkurencyjność postępowania o udzielenie zamówienia publicznego rozumiana zarówno jako zasada wynikająca z art. 7 ust. 1 ustawy, ale także jako zasada prymatu trybów konkurencyjnych wyrażona w art. 10 ust. 1 ustawy. Tym samym w przypadku odwołań wnoszonych na tryb udzielenia zamówienia publicznego, interes w uzyskaniu danego zamówienia powinien być analizowany przez pryzmat konkretnej umowy odpłatnej o określonym przez zamawiającego przedmiocie zamówienia niezależnie od wyboru trybu postępowania, które ma do jej zawarcia doprowadzić”.

Z kolei w orzeczeniu Sądu Okręgowego w Gdańsku z 25 maja 2012 r., sygn. akt XII Ga 92/12, sąd ten zaaprobował istnienie interesu we wniesieniu odwołania przez wykonawcę kwestionującego wybór trybu niekonkurencyjnego udzielenia zamówienia, wskazując, że inne podejście pozbawiałoby takiego wykonawcę szansy wzięcia udziału w postępowaniu, którą miałby, gdyby zamawiający prowadził postępowanie w trybie konkurencyjnym.

Tym samym należy stwierdzić, że materialnoprawna przesłanka wniesienia odwołania została spełniona.

## **UZASADNIENIE**

### **I. STAN FAKTYCZNY I PRAWNY**

1. 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)“.
2. Zamówienie udzielane jest w trybie zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 11 p.z.p. Zamawiający w ramach uzasadnienia faktycznego i prawnego wyboru trybu (pkt 4.2. ogłoszenia), wskazał, że:



*„zgodnie z przepisem art. 6d ust. 1 ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz. U. z 2021 r. poz. 888, z późn. zm.; dalej jako ucpg) <<Wójt, burmistrz lub prezydent miasta jest obowiązany udzielić zamówienia publicznego na odbieranie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, o których mowa w art. 6c, albo zamówienia publicznego na odbieranie i zagospodarowanie tych odpadów>>. Cytowany przepis, odmiennie niż przepis art. 6c ust. 2a ucpg nie ogranicza wyboru Zamawiającego do udzielenia zamówienia publicznego w trybie przetargu”.*

3. Dalsza część ogłoszenia (sekcja VI Informacje dodatkowe) ma stanowić uzasadnienie dla zastosowania dla udzielenia zamówienia trybu z wolnej ręki w formule in-house i wykazywać spełnienie przesłanek określonych w art. 214 ust. 1 pkt 11 p.z.p. Zamawiający wskazuje w ogłoszeniu, że *„zgodnie z art. 214 ust. 1 pkt 11) ustawy pzp Zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki, jeżeli zachodzi co najmniej jedna z następujących okoliczności: pkt. 11) zamówienie udzielane jest przez zamawiającego, o którym mowa w art. 4 i art. 5 ust. 1 pkt 1 ustawy pzp osobie prawnej, jeżeli spełnione są łącznie warunki wskazane w art. 214 ust. 1 pkt. 11 lit. a, b, c ustawy pzp.”.* Stanowi to w zasadzie skrótowe powtórzenie podstawy prawnej udzielenia zamówienia.
4. Dla wykazania braku udziału kapitału prywatnego w kontrolowanej przez siebie spółce, Zamawiający zawarł w ogłoszeniu informację, że *„MPO jest spółką komunalną, w której brak jest bezpośredniego i pośredniego udziału kapitału prywatnego. Jedyнным wspólnikiem Spółki posiadającym 100% udziałów w kapitale zakładowym jest m.st. Warszawa”.*
5. Z kolei dla wykazania przesłanki sprawowania nad MPO kontroli odpowiadającej kontroli sprawowanej nad własnymi jednostkami, polegającej na dominującym wpływie na cele strategiczne oraz istotne decyzje dotyczące zarządzania sprawami tej osoby prawnej, Zamawiający wskazuje w ogłoszeniu, że:

*„Zgodnie z aktami prawnymi regulującymi funkcjonowanie MPO, jedynemu 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”.
6. Na koniec, dla wykazania, że został osiągnięty wskaźnik osiągnięcia ponad 90% działalności MPO, dotyczący wykonywania zadań powierzonych MPO przez Zamawiającego, w ogłoszeniu czytamy, 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”.*
7. W ocenie Odwołującego, na tle tak sformułowanego ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy oraz okoliczności faktycznych i prawnych wskazanych w dalszej części odwołania, nie sposób uznać, że zaistniały podstawy dla udzielenia zamówienia przez Zamawiającego na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 11 p.z.p.

## **II. OGŁOSZENIE O ZAMIARZE ZAWARCIA UMOWY W TRYBIE ZAMÓWIENIA Z WOLNEJ RĘKI; ZAPEWNIENIE EFEKTYWNOŚCI I PRZEJRZYSTOŚCI**

8. Jak stanowi art. 216 ust. 1 p.z.p., zamawiający zamieszcza w Biuletynie Zamówień Publicznych ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy, przed udzieleniem zamówienia na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 11-14, na zasadach określonych w dziale III rozdziale 2 p.z.p.
9. Odniesienie do zasad określonych w dziale III rozdziale 2 p.z.p. prowadzi do art. 272 ust. 2 p.z.p., który stanowi delegację ustawową dla ministra właściwego do spraw



gospodarki do wydania rozporządzenia określającego zakres informacji zawartych w ogłoszeniach zamieszczanych w Biuletynie Zamówień Publicznych. Na podstawie tego przepisu wydane zostało Rozporządzenie Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie ogłoszeń zamieszczanych w Biuletynie Zamówień Publicznych (Dz. U. poz. 2439). Zakres informacji zawartych w ogłoszeniu o zamiarze zawarcia umowy został określony w Załączniku nr 2 tego Rozporządzenia.

10. W Załączniku nr 2 wskazano, że ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy musi zawierać uzasadnienie faktyczne i prawne wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki. Ten element ogłoszenia **jest szczególnie istotny dla całego ogłoszenia**<sup>1</sup>, ponieważ to głównie na jego podstawie dokonuje się kontroli legalności zastosowanego trybu udzielenia zamówienia. Uzasadnienie faktyczne i prawne powinno umożliwić pozyskanie informacji o prowadzonym postępowaniu, a w konsekwencji podjęcie decyzji w przedmiocie ewentualnego skorzystania ze środków ochrony prawnej w celu zakwestionowania zastosowanego trybu. Publikując ogłoszenie i **wykazując** spełnienie przesłanek wyboru trybu udzielenia zamówienia z wolnej ręki, zamawiający **urzeczywistnia w nim realizację zasady przejrzystości**.
11. Jak stanowi art. 16 pkt 2 p.z.p. zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób przejrzysty. Z kolei przepis art. 16 pkt 2 p.z.p. stanowi implementację zasady przejrzystości wyrażonej w art. 18 ust. 1 dyrektywy 2014/24/UE<sup>2</sup>. Jak wskazuje Aleksandra Sołtysińska, „dyrektywa 2014/24/UE nie definiuje pojęcia przejrzystości, jednak przyjmuje, że **nie jest ona celem samym w sobie, ale środkiem do realizacji innych zadań** - efektywnego wydatkowania środków publicznych oraz **umożliwienia prawidłowej kontroli decyzji podejmowanych w trakcie procesu udzielania zamówień publicznych**. W świetle orzeczenia TSUE z dnia 7 grudnia 2000 r. w sprawie C-324/98 *Telaustria Verlags GmbH i Telefonadress GmbH v. Telekom Austria AG*, Rec. 2000, s. I-10745, **zasada przejrzystości wymaga, by zamawiający zapewnił odpowiedni stopień dostępności ogłoszeń o zamówieniu, tak by umożliwić otwieranie rynków na konkurencję, a same procedury udzielania zamówień powinny podlegać efektywnej kontroli w ramach wnoszonych środków odwoławczych**. Zasada przejrzystości jest mechanizmem, który zapewnia korzyści płynące z konkurencji wszystkim zainteresowanym wykonawcom, którzy funkcjonują na wspólnym rynku. Ponadto **zasada ta umożliwia weryfikację prawidłowości działań zamawiającego**”. Te wskazania, w ocenie Odwoływającego, powinny znaleźć zastosowanie również do ogłoszenia o zamiarze udzielenia zamówienia w tym postępowaniu.
12. Tymczasem trudno jest przyjąć, aby procedura udzielenia zamówienia na rzecz MPO miała charakter przejrzysty, tj. umożliwiała efektywną kontrolę spełnienia przesłanek udzielenia zamówienia na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 11 p.z.p., a tym samym, aby możliwa była weryfikacja prawidłowości działań Zamawiającego przez Odwoływającego w

<sup>1</sup> H. Nowak, M. Winiarz [red.], Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2021.

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





sposób pełny. Zamawiający maksymalnie ograniczył zakres przekazywanych w ogłoszeniu informacji, znacznie utrudniając wykonawcom możliwość skutecznego kwestionowania podjętych czynności w ramach podnoszonych środków ochrony prawnej. Na bazie treści ogłoszenia należy dojść do przekonania, że Zamawiający **nie wykazał w ogłoszeniu spełnienia przesłanek dla udzielenia zamówienia z wolnej ręki**. Z obowiązków informacyjnych, które na nim spoczywają uczynił więc fikcję.

13. Analizując treść uzasadnienia faktycznego i prawnego, Zamawiający ograniczył się w nim do:
  - zacytowania podstawy prawnej, na jakiej zamierza udzielić zamówienia (art. art. 214 ust. 1 pkt. 11 p.z.p.),
  - wskazania, że jedynym wspólnikiem MPO posiadającym 100% udziałów w kapitale zakładowym jest m.st. Warszawa (Zamawiający),
  - przywołania przepisów k.s.h. oraz wybranych postanowień aktów korporacyjnych (aktu założycielskiego MPO), mających wskazywać na sprawowanie kontroli nad MPO.
14. **Z kolei dla „udowodnienia” spełnienia absolutnie kluczowej przesłanki zastosowania trybu udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki, jaką jest wymóg wykonywania ponad 90% działalności kontrolowanej osoby prawnej w ramach zadań powierzonych jej przez zamawiającego sprawującego kontrolę, Zamawiający wskazał, 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”.**
15. **Zamawiający w żaden sposób nie wywiązał się więc z podstawowego i fundamentalnego obowiązku informacyjnego.** Nie tylko utrudnia w ten sposób wykonawcom możliwość skorzystania z przysługujących im środków ochrony prawnej, ale przede wszystkim **nie wykazuje spełnienia przesłanek dla udzielenia zamówienia w formule in-house, do czego jest zobowiązany.**
16. Jak wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku 22 czerwca 2021 r., sygn. akt 731/21, KIO 747/21, odnosząc się do realizacji przez podmioty zamawiające obowiązków informacyjnych dotyczących udzielania zamówienia z wolnej ręki:

**„(...) 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 następczo przez Izbę ocena legalności zastosowanego trybu udzielenia zamówienia wywołanego wniesieniem odwołania również następuje w**



**oparcie 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 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". Również w tej sprawie uzasadnienie wyboru trybu udzielenia zamówienia jest lakoniczne i hasłowe. Z opublikowanego ogłoszenia nie można wydobyć żadnych wiążących, pewnych informacji oraz dowodów uzasadniających ziszczenie się przesłanek z art. 214 ust. 1 pkt 11 p.z.p.

17. Z tej perspektywy warto zauważyć, że działania i zaniechania wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oceniane są z punktu widzenia należytej staranności. Z tego samego punktu widzenia powinny być też oceniane czynności podejmowane przez zamawiających. Tym bardziej, gdy mają urzeczywistniać fundamentalne zasady zamówień publicznych (a taką jest zasada przejrzystości). Z tej perspektywy, Zamawiający nie dochował należytej staranności publikując ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy o takiej treści i jego działanie nie powinno zostać sanowane w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej. **Zaprobowanie takiego sposobu postępowania doprowadziłoby do instrumentalnego stosowania trybu udzielania zamówienia z wolnej ręki w formule in-house, wyłączeniu możliwości kontroli tego rodzaju zamówień i fikcji w przestrzeganiu ustawowych przesłanek.**
18. Jest to tym bardziej istotne, że jeżeli Zamawiający udzieli zamówienia w przewidzianej w tym postępowaniu formule in-house, będzie to skutkowało eliminacją wolnego rynku na części obszaru m. st. Warszawa. W ocenie Odwołującego nie jest jednak uprawnione, w oparciu o dyrektywę wykładni systemowej, traktowanie **formuły in-house jako możliwości bezpośredniej ingerencji w wolny rynek, który na skutek zastosowania tej formuły jest niszczoney**. Należy bowiem zwrócić uwagę, że poszczególne przesłanki udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki dotyczą sytuacji, w której nie ma konkurencji w ogóle (zamówienie może być wykonane przez jednego wykonawcę, por. np. art. 214 ust. 1 pkt. 1-3 i 8 p.z.p.) albo udzielenie zamówienia było poprzedzone procedurą konkurencyjną (por. art. 214 ust. 1 pkt 3, 6, 7 p.z.p.). Poza tym zamówienie z wolnej ręki może zostać udzielone, jeżeli jest związane z jednorazową, wyjątkową sytuacją (por. art. 214 ust. 1 pkt 9 p.z.p.), czy wręcz dokonywane jest w realiach wolnego rynku (por. art 214 ust. 1 pkt 10 p.z.p.). Żadna z wymienionych podstaw udzielenia zamówienia z wolnej ręki **nie stanowi podstawy do ograniczenia, czy wręcz wyrugowania konkurencji z rynku.**
19. Do tej pory w dzielnicach m.st. Warszawy Białołęka, Targówek, Ochota, Ursus, Włochy, Śródmieście, Bemowo, Wola i Mokotów odpady z terenu nieruchomości, na których



zamieszkuje mieszkańcy oraz na których w części zamieszkuje mieszkańcy, a w części nie zamieszkuje mieszkańcy, a powstają odpady komunalne, były odbierane przez wybieranych w procedurach konkurencyjnych wykonawców w ramach otwartych i konkurencyjnych procedur. W postępowaniach składanych było wiele ofert, co świadczy o dobrze funkcjonującym, konkurencyjnym rynku. Jeżeli Zamawiający udzieli zamówienia w ramach skarżonego postępowania, to na kolejne 4 lata (zamówienie jest udzielane na lata 2022-2026) zamknie rynek, który sam wycenia na prawie 1 mld zł.

20. W tym kontekście w sposób szczególny uwidacznia się jak rażące jest naruszenie przez Zamawiającego przywołanych przepisów, przez zmarginalizowanie uzasadnienia prawnego i faktycznego wyboru trybu. Jest to jaskrawy przykład niedochowania należytej staranności przez Zamawiającego w realizacji swoich obowiązków informacyjnych i gospodarza postępowania. Całe ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy zawiera dosłownie kilka akapitów, z których nie wynika spełnienie przesłanek dla zastosowania trybu z wolnej ręki, ponieważ zawarte w nim sformułowania są gołosłowne, nie niosące żadnej merytorycznej treści.
21. Jeżeli Zamawiający decyduje się na procedurę in-house, a więc procedurę, która z założenia dyskryminuje przedsiębiorcę z samego li tylko faktu, że nie jest podmiotem komunalnym (samorządowym), to jednak powinien **dołożyć odpowiednio wysokiej staranności, aby wykazać spełnienie przesłanek dla udzielenia zamówienia „swojej” spółce w formule in-house.**
22. Celem wprowadzenia art. 216 p.z.p. było umożliwienie innym podmiotom kontroli legalności udzielenia zamówienia in-house w świetle przesłanek przewidzianych w p.z.p. Potwierdza to orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, które wskazuje, że art. 216 ust. 1 p.z.p. ma na celu „(...) umożliwienie wykonawcom - jeszcze przed zawarciem umowy - **kontroli legalności zastosowanego trybu udzielenia zamówienia.** Powyższa instytucja gwarantuje wykonawcom możliwość uzyskania informacji o prowadzonym postępowaniu o udzielenie zamówienia, w tym podjęcie decyzji w przedmiocie ewentualnego skorzystania ze środków ochrony prawnej celem zakwestionowania zastosowanego trybu. Z kolei zamawiającym pozwala uniknąć negatywnych konsekwencji związanych z ewentualną koniecznością unieważnienia umowy zawartej w wyniku udzielenia zamówienia z wolnej ręki z naruszeniem przepisów. Nałożenie na zamawiającego obowiązku zamieszczenia ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy w trybie określonym w art. 214 ust. 1 pkt 13 ustawy Pzp, niewątpliwie jest przejawem ochrony konkurencji i zapewnienia transparentności postępowania” (wyrok KIO z 22.06.2021 r., KIO 731/21, LEX nr 3197933). Skoro więc taki tryb ma zagwarantować możliwość kontroli udzielania zamówienia, to Zamawiający – niejako na własną szkodę – nie dochowując przy tym należytej staranności (ograniczając zakres publikowanych informacji), musi liczyć się z negatywnymi konsekwencjami.
23. Z przepisów Rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie ogłoszeń zamieszczanych w Biuletynie Zamówień Publicznych (Dz. U. poz. 2439) wynika zakres informacji zawieranych w ogłoszeniach publikowanych w



ramach procedur udzielania zamówień. W ten zakres wchodzi informacja o trybie udzielenia zamówienia oraz o podstawie prawnej zgodnie z ustawą, a także **uzasadnienie faktyczne i prawne wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia albo zamówienia z wolnej ręki**. To, że ustawodawca nie precyzuje co takie uzasadnienie powinno zawierać oznacza, że to na zamawiającym (tu: M. St. Warszawa) spoczywa ciężar uzasadnienia wyboru trybu (= spełnienia przesłanek). Skoro Zamawiający tego obowiązku nie dopełnił, zamówienie powinno zostać unieważnione jako obciążone niemożliwą do usunięcia wadą.

24. Niezależnie od powyższego, działanie Zamawiającego stanowi naruszenie jednej z naczelnych zasad udzielania zamówień, która została wprost sformułowana w art. 17 ust. 1 p.z.p., tj. zasady efektywności. W uzasadnieniu do projektu wpisującego przejrzystość i proporcjonalność do zasad w p.z.p. czytamy (druk sejmowy 366), że *„podstawowe zasady dotyczące postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie zostały zmienione. Uzupełnione zostały jedynie o zasadę proporcjonalności i przejrzystości. Postępowanie, zgodnie z art. 7 ustawy PZP powinno być przygotowane i przeprowadzone w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców oraz proporcjonalnie”*.
25. W celu urzeczywistnienia tej zasady zamawiający jest zobowiązany udzielić zamówienia w taki sposób, aby uzyskać jak najlepszą jakość dostaw, usług lub robót budowlanych w ramach posiadanych środków oraz uzyskać jak najlepszy efekt zamówienia w stosunku do poniesionych nakładów.
26. Jednym ze sposobów realizacji tej zasady w praktyce jest obowiązek sporządzenia przez zamawiającego przed wszczęciem postępowania analizy potrzeb i wymagań, o której mowa w art. 83 ust. 1 p.z.p. Analiza ta ma obejmować m. in. badanie możliwości zaspokojenia zidentyfikowanych potrzeb z wykorzystaniem zasobów własnych oraz rozeznanie rynku w aspekcie alternatywnych środków zaspokojenia zidentyfikowanych potrzeb.
27. Jak zauważa się w komentarzu UZP do p.z.p.<sup>3</sup>, *„u podstaw wyłączenia zamówień udzielanych podmiotom wewnętrznym w ramach współpracy publiczno-publicznej spod obowiązku stosowania reguł udzielania zamówień publicznych leży przekonanie, że organy publiczne mają możliwość wypełniania ciężących na nich zadań w interesie publicznym własnymi środkami, bez potrzeby zwracania się do jednostek zewnętrznych, nienależących do ich służb i mogą to czynić również we współpracy z innymi organami publicznymi”*.
28. Innymi słowy, zamawiający – dokonując analizy potrzeb i wymagań – zawsze musi najpierw dokonać rzetelnej oceny posiadanych zasobów własnych – przede wszystkim posiadanego sprzętu i zaplecza, zasobów ludzkich, ale także know-how do realizacji danego rodzaju zamówienia. Następnie zobowiązany jest zestawić wynik tej analizy z możliwościami jakie daje rynek. Dopiero ta analiza ma dać odpowiedź czy zarówno pod

---

<sup>3</sup> H. Nowak, M. Winiarz [red.], op. cit.



względem finansowym, jak i jakościowym, realizacja zamówienia własnymi środkami (a więc np. w formule in-house) pozwoli na efektywną realizację zamówienia.

29. Trudno jest przy tym uznać, że ustawodawca – choćby w sposób dorozumiany – wyłączył dla zamówień in-house stosowanie zasady efektywności oraz sporządzenia analizy potrzeb i wymagań. Jak bowiem stanowi art. 83 ust. 4 p.z.p., jedyną możliwością odstąpienia od dokonania analizy potrzeb i wymagań jest pilna potrzeba udzielenia zamówienia (wystąpienie takiej sytuacji ma jednak charakter absolutnie wyjątkowy).
30. Odwołujący nie ma wiedzy czy i w jaki sposób Zamawiający sporządził analizę potrzeb i korzyści w tym postępowaniu, ale względy logiki i doświadczenia życiowego nakazują przyjąć, że posłużyłby się takim dokumentem cytując jego fragmenty w uzasadnieniu faktycznym i prawnym, na poparcie spełnienia przesłanek udzielenia zamówienia w formule in-house.
31. Jeżeli taka analiza została jednak sporządzona, to jej wartość merytoryczna musi być niewielka, jeżeli jej wynikiem było uznanie, że realizacja usług odbioru i transportu odpadów komunalnych w formule in-house przez MPO będzie działaniem efektywnym (wykonawca ten wielokrotnie nie był konkurencyjny względem innych podmiotów w postępowaniach organizowanych przez Zamawiającego). Tym samym, **Zamawiający nie wykazał, że udzielenie zamówienia w formule in-house i zawarcie umowy z MPO doprowadzi do realizacji zasad określonych w przywołanych przepisach oraz, że zapewni w ten sposób najlepszą jakość usług, uzasadnionych charakterem zamówienia, w ramach środków, które Zamawiający może przeznaczyć na jego realizację, oraz uzyskanie najlepszych efektów zamówienia, w tym efektów społecznych, środowiskowych oraz gospodarczych, w stosunku do poniesionych nakładów, bez umożliwienia konkurencyjnej walki wykonawców o to zamówienie.**

### **III. BRAK OSIĄGNIĘCIA WSKAŹNIKA 90% PRZYCHODÓW POCHODZĄCYCH Z DZIAŁALNOŚCI POWIERZONEJ**

32. Jak zostało to już wyżej wskazane, Zamawiający – w sposób sprzeczny z podstawowymi obowiązkami gospodarza postępowania – ograniczył się do lakonicznego sformułowania, 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*”. Przesłanka tzw. 90% jest kluczową przesłanką dla oceny poprawności działania Zamawiającego – tym bardziej Zamawiający powinien w sposób niebudzący wątpliwości i pełny wykazać jej spełnienie. Tymczasem Zamawiający w żaden sposób uczynił. Z uzasadnienia faktycznego i prawnego nie wynika, które przychody zostały zaliczone do przychodów z działalności powierzonej, a jakie z działalności komercyjnej. Nie wiadomo również w jaki sposób Zamawiający zalicza poszczególne przychody do danej kategorii, na podstawie której wylicza wskaźnik 90%.



33. Tymczasem bazując na dostępnych informacjach, **Zamawiający nie może spełnić przesłanki określonej w art. 214 ust. 1 pkt 11 lit. b) p.z.p.**, która wymaga, aby ponad 90% działalności kontrolowanej osoby prawnej dotyczyło wykonywania zadań powierzonych jej przez zamawiającego sprawującego nad nią kontrolę.
34. Jak stanowi art. 214 ust. 5 p.z.p., do obliczania procentu działalności, o którym mowa w ust. 1 pkt 11 lit. b, pkt 12 lit. b, pkt 13 lit. b i pkt 14 lit. c, uwzględnia się **średni przychód osiągnięty przez osobę prawną lub zamawiającego w odniesieniu do usług, dostaw lub robót budowlanych za 3 lata poprzedzające udzielenie zamówienia**.
35. Bazując na analizie sprawozdań finansowych MPO za lata 2019 i 2020 (za rok 2021 sprawozdanie finansowe nie zostało jeszcze opublikowane), MPO osiągało w poszczególnych latach następujące przychody:
- 2020 r.: 914.368.993,98 zł;
  - 2019 r.: 624 460 047,67 zł.
36. Większość przychodów uzyskiwanych przez MPO musi pochodzić z następujących źródeł:
- z działalności polegającej na odbieraniu, transporcie i unieszkodliwianiu odpadów komunalnych; są to usługi świadczone na podstawie trzech umów na odbiór odpadów komunalnych z terenu nieruchomości położonych w m.st. Warszawie, zawartych z Zamawiającym w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Odbiór odpadów komunalnych z terenu nieruchomości położonych w m.st. Warszawie, od 1 stycznia 2019 r.”, nr ref.: ZP/GP/271/IV-172/18<sup>4</sup>:
    - o Zadanie 4 Ochota, Ursus, Włochy (umowa z 27 marca 2019 r. nr GO/B/III/1/8/U-7/19-22),
    - o Zadanie 7, Śródmieście (umowa z 27 marca 2019 r. nr GO/B/III/1/8/U-10/19-22),
    - o Zadanie 9 Bemowo, Wola (umowa z 27 marca 2019 r. nr GO/B/III/1/8/U-12/19-22);
  - z dopłat, o których mowa w § 6 ust. 1 Umowy wykonawczej z tytułu świadczenia Usług Publicznych z 12 grudnia 2017 r.<sup>5</sup>;
  - inne przychody (które stanowią znikomy % całości przychodów), tj. przychody z czyszczenia ulic i placów, wywozu i unieszkodliwiania odpadów (umowy inne niż z

<sup>4</sup> Warto wskazać, co ma znaczenie również w dalszych wywodach odwołania, że zamówienie było podzielone w sumie na 9 części, w ramach których MPO zawarło z Zamawiającym umowy jedynie we wskazanych wyżej częściach; pozostałe części przypadły w udziale innym wykonawcom, których oferty okazały się bardziej konkurencyjne od oferty MPO. Świadczy to o wysokiej konkurencyjności rynku odbioru odpadów komunalnych w m. st. Warszawa, którą Zamawiający chce zaburzyć.

<sup>5</sup> Umowa wykonawcza zawarta na podstawie 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).



Zamawiający), sprzedaży energii, wynajem lokali, diagnostyki oraz przychody operacyjne<sup>6</sup>.

37. W ocenie Odwołującego, przychody uzyskiwane przez MPO z zadań realizowanych w wyniku uzyskania zamówień prowadzonych w postępowaniach przetargowych organizowanych przez Zamawiającego nie mogą być uznawane za przychody z zadań powierzonych (przesłanka z art. 214 ust. 1 pkt 11 lit. b] PZP i art. 12 ust. 1 pkt 1 lit. b) Dyrektywy 2014/24/UE). „Działalnością powierzoną” w rozumieniu przepisów p.z.p. może być tylko działalność **zlecona konkretnemu podmiotowi bezpośrednio przez Zamawiającego**.
38. W wyroku Krajowej Izby Odwoławczej<sup>7</sup> czytamy, że *„do działalności dotyczącej wykonywania zadań powierzonych należy zaliczyć działalność polegającą na realizowaniu w imieniu gminy jej zadań własnych, przy czym podkreślić trzeba, że nie należy ograniczać pojęcia zadania powierzonego wyłącznie do zadań własnych jednostki samorządu terytorialnego, podobnie jak nie jest zasadne ograniczanie powierzenia zadań wyłącznie do sytuacji ich przekazania w drodze aktu utworzenia danej osoby prawnej. **Istotne jest, 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 stosować”*. Udzielenie zamówienia w ramach otwartej, konkurencyjnej procedury nie stanowi „konkretnego polecenia zamawiającego”, ponieważ organizując przetarg nieograniczony Zamawiający określa równe i niedyskryminacyjne warunki udziału w postępowaniu oraz ustanawia kryteria oceny ofert w celu **wyboru najkorzystniejszej oferty. Zamawiający nie mógł – przed udzieleniem zamówienia – wiedzieć, że udzieli zamówienia MPO w poszczególnych częściach, dopóki nie przeprowadził badania i oceny ofert pozostałych wykonawców**. Nie można tu więc mówić o bezpośredniości, powierzeniu jako rozporządzeniu danym zamówieniem. Inaczej doszlibyśmy do absurdalnego wniosku, że każde zamówienie z zakresu gospodarki odpadami stanowi działalność powierzoną. Jedynym czynnikiem odróżniającym wtedy podmioty działające na tym rynku – z perspektywy art. 214 ust. 1 pkt 11 lit b) p.z.p. w zw. z art. 214 ust. 5 p.z.p. – byłyby stosunki własnościowe (obecność kapitału prywatnego i kontrola zamawiającego). Należy więc podkreślić, że jednostka samorządowa jest pozbawiona swobody decydowania o tym z kim zawrze umowę w ramach konkurencyjnej procedury udzielenia zamówienia, ponieważ jeżeli

<sup>6</sup> por. Sprawozdanie Finansowe MPO za 2020 r., Tabela z pkt V.I str. 34 oraz pkt V.6 Sprawozdania – Dodatkowe informacje i objaśnienia oraz Sprawozdanie Finansowe MPO za 2019 r., Tabela z pkt V.1 str. 38 oraz pkt V.6 Sprawozdania - Dodatkowe informacje i objaśnienia.

<sup>7</sup> Wyrok KIO z 4 października 2019 r., sygn. akt KIO 1842/19.



kierowałyby się w tym aspekcie przesłankami subiektywnymi, stanowiłoby to konflikt interesów, o którym mowa w art. 56 ust. 2 pkt 4 p.z.p.

39. Skoro więc MPO ubiegało się o udzielenie zamówienia **w konkurencyjnej procedurze, w której musiało zmierzyć się z innymi oferentami**, przychody z tytułu umów zawartych z Zamawiającym w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Odbiór odpadów komunalnych z terenu nieruchomości położonych w m.st. Warszawie, od 1 stycznia 2019 r.”, nr ref.: ZP/GP/271/IV-172/18, należy zaliczyć do przychodów z działalności komercyjnej i nie należy wliczać ich do wskaźnika 90%.
40. Zgodnie ze sprawozdaniami finansowymi MPO w 2020 r. przychody z wywozu i unieszkodliwiania odpadów według umów z m. st. Warszawa wyniosły 890 824 260,99 zł, a w 2019 r. było to 607 311 487,31 zł. **W związku z tym wskaźnik 90% przychodów z działalności powierzonej nie został osiągnięty.**
41. Niezależnie od powyższego w kontekście wyliczenia wskaźnika 90%, należy zwrócić uwagę na dopłaty, które m. st. Warszawa przekazuje MPO na podstawie Umowy wykonawczej i Aktu założycielskiego MPO.
42. Jak stanowi §3 ust. 1 pkt 4 Umowy wykonawczej, MPO ma m. in. **wyłączać jako zamawiający, podmioty trzecie prowadzące instalacje do przetwarzania odpadów w zakresie, w jakim zagospodarowanie odpadów nie będzie następowało w instalacjach prowadzonych przez MPO.** Poza tym MPO ma realizować usługi w zakresie m. in. unieszkodliwiania i odzysku odpadów, opracowywanie analiz i sprawozdań w tym zakresie.
43. Instytucja „dopłat” została wyjaśniona w § 6 Umowy wykonawczej, z którego wynika, że m. st. Warszawa wnosi do MPO dopłaty, zgodnie z zobowiązaniem wyrażonym w Akcie Założycielskim, na podstawie uchwał Zgromadzenia Wspólników. Dopłaty mają finansować koszty jakie ponosi MPO w ramach realizacji usług publicznych (a więc np. zlecenia usług zagospodarowania odpadów na zewnątrz, np. do podmiotów prywatnych, ponieważ MPO nie posiada odpowiednich mocy przerobowych do zagospodarowania wszystkich odpadów z terenu m. st. Warszawa samodzielnie).
44. Powyższe znajduje potwierdzenie w § 6 ust. 5 i 6 Aktu założycielskiego MPO<sup>8</sup>, zgodnie z którym MPO realizuje zadanie w zakresie zagospodarowania odpadów komunalnych z terenu m. st. Warszawy, od dnia 1 stycznia 2019 r., z tym, że MPO przed 1 stycznia 2019 r., celem zapewnienia realizacji zadania zagospodarowania po tej dacie, w zakresie, w jakim zagospodarowanie nie będzie następowało w instalacjach Spółki, wyłoni podmioty trzecie prowadzące instalacje do przetwarzania odpadów komunalnych w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego na zagospodarowanie odpadów komunalnych.

---

<sup>8</sup> Uchwała nr 2/2021 Nadzwyczajnego Zgromadzenia Wspólników Spółki pod firmą: Miejskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania w m. st. Warszawie spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie z dnia 14 maja 2021 r. w sprawie: przyjęcia jednolitego tekstu Aktu Założycielskiego Spółki.





45. I tak, w ramach instytucji dopłat miasto miało przeznaczyć na rzecz MPO następujące kwoty:

- za rok 2019 – 460 020 000,00 zł,
- za rok 2020 – 905 100 000,00 zł,
- za rok 2021 – 851 010 000,00 zł.

Jak wynika z pobieżnej analizy liczby postępowań ogłaszanych przez MPO na zagospodarowanie odpadów komunalnych pochodzących z terenu Miasta Stołecznego Warszawy, *gros* z ww. środków wydatkowana jest przez MPO na zagospodarowanie odpadów w instalacjach od MPO niezależnych (ogłoszenia publikowane na stronie <https://www.mpo.com.pl/zamowienia-publiczne> oraz <https://mpowarszawa.ezamawiajacy.pl>).

46. W ocenie Odwołującego znakomita część tych środków **nie powinna być wliczana do wskaźnika 90% działalności powierzonej (art. 214 ust. 1 pkt 11 lit. b) p.z.p.)**. Ich wliczanie do tego wskaźnika stanowiłoby element sztucznego podwyższania przychodów z działalności powierzonej, skoro tak naprawdę „przepływają” one przez konta MPO. MPO w tej sytuacji jest w zasadzie pośrednikiem finansowym, ponieważ jedynie transferuje środki do podmiotów zewnętrznych, które faktycznie zajmują się zagospodarowaniem odpadów. Jeżeli faktycznie Zamawiający zalicza środki pochodzące z dopłat do działalności powierzonej to jest to działanie pozorne i zaaprobowanie takiego podejścia przez Krajową Izbę Odwoławczą otworzyłoby drogę do manipulowania przesłanką określoną w art. 214 ust. 1 pkt 11 lit b) p.z.p. – każdy zamawiający mógłby w ten sposób łatwo windować wskaźnik 90%, realizując w zasadzie dowolne zadania spółkami komunalnymi i przekazując im w ten sposób fundusze. Takie działanie stanowi jednak obejście prawa i nie może być akceptowane.
47. Wskaźnik 90% działalności musi być **wskaźnikiem realnym**. Wynika to choćby z konstrukcji art. 214 ust. 6 p.z.p., który zakłada możliwość posłużenia się **wiarygodnymi** prognozami handlowymi, jeżeli z określonych w tym przepisie powodów nie można bazować na wskaźniku 90%. Trudno uznać by wiarygodne były dane, które zakładają przepuszczenie funduszy przez rachunki bankowe podmiotu kontrolowanego.
48. Mając na uwadze powyższe, Zamawiający nie tylko nie wykazał spełnienia przesłanki określonej w art. 214 ust. 1 pkt 11 lit. b) p.z.p., ale nawet analiza powszechnie dostępnych informacji pokazuje brak obiektywnej możliwości osiągnięcia wskaźnika określonego tym przepisem.

#### **IV. BRAK SPRAWOWANIA PRZEZ ZAMAWIAJĄCEGO KONTROLI NAD MPO, KTÓRA ODPOWIADA KONTROLI NAD WŁASNYMI JEDNOSTKAMI**

49. Jak stanowi art. 214 ust. 1 pkt 11 lit. a) p.z.p., jedną z przesłanek udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki w formule in-house, jeżeli spełniony jest warunek, zgodnie z którym 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. **W ocenie Odwoływającego ten warunek nie jest jednak spełniony.**

50. Zamawiający w uzasadnieniu faktycznym i prawnym wskazuje, że:

*„Zgodnie z aktami prawnymi regulującymi funkcjonowanie MPO, jedynemu 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”.*

51. Jak wynika z utrwalonego orzecznictwa i poglądów doktryny, dla sprawowania kontroli, o której mowa w art. 214 ust. 1 pkt 11 lit. a) p.z.p., nie jest wystarczające korzystanie z uprawnień przypisanych właścicielowi zgodnie z przepisami k.s.h. Zgodnie z wyrokiem KIO,<sup>9</sup> **„posiadanie przez zamawiającego całości kapitału zakładowego osoby prawnej może być uznane za niewystarczające do udzielenia takiej osobie prawnej zamówienia w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, ale nie z założenia i każdorazowo, lecz w sytuacji, gdy prawa zamawiającego wynikające z przysługujących mu udziałów doznają ograniczeń w sposób wpływający na istnienie dominującego wpływu na cele strategiczne oraz istotne decyzje dotyczące zarządzania sprawami tej osoby prawnej, np. **gdy z aktu założycielskiego wynika, że jednostka zamawiająca jest ograniczona w wykonywaniu pełnego prawa głosu z przysługujących jej udziałów na walnym zgromadzeniu lub w jakikolwiek inny sposób nie ma pełnej swobody w ustalaniu celów strategicznych tej osoby prawnej”.****

52. W uzasadnieniu faktycznym i prawnym czytamy dalej, że:

*„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:*

<sup>9</sup> Wyrok KIO z 4 października 2019 r., sygn. akt KIO 1842/19.



- § 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”.
53. Zamawiający pomija jednak w uzasadnieniu **istotne okoliczności wskazujące, że nie sprawuje on nad MPO kontroli, odpowiadającej kontroli sprawowanej nad własnymi jednostkami, polegającej na dominującym wpływie na cele strategiczne oraz istotne decyzje dotyczące zarządzania sprawami MPO.**
54. Tytułem przykładu, § 24 ust. 1 Aktu założycielskiego MPO, który stanowi, że członków Rady Nadzorczej, w tym Przewodniczącego Rady Nadzorczej powołuje Zgromadzenie Wspólników, **z tym zastrzeżeniem, że dwaj członkowie Rady Nadzorczej powoływani są spośród kandydatów wybranych przez pracowników MPO, a wynik wyborów jest wiążący dla Zgromadzenia Wspólników** (czyli Prezydenta m. st. Warszawa).
55. To pokazuje, że Zgromadzenie Wspólników nie jest jedynym podmiotem, który ma wpływ na istotne decyzje dotyczące zarządzania sprawami MPO. Mówiąc wprost, Prezydent m. st. Warszawa musi brać pod uwagę głos pracowników, którzy – posiadając swoich reprezentantów w Radzie Nadzorczej – muszą być brani pod uwagę w procesie decyzyjnym w szczególny sposób.
56. Zgodnie z § 26 ust. 1 Aktu założycielskiego MPO stanowi, że Rada Nadzorcza sprawuje stały nadzór nad działalnością MPO we wszystkich dziedzinach jej działalności, a także wykonuje inne kompetencje przewidziane Kodeksem spółek handlowych i innymi przepisami prawa oraz Aktem Założycielskim. Rada Nadzorcza zbiera się z własnej inicjatywy lub na pisemny wniosek Zarządu MPO **lub członka Rady Nadzorczej. W przypadku złożenia wniosku zwołanie posiedzenia, powinno ono odbyć się w terminie 14 dni od otrzymania wniosku** (§ 27 ust. 2 Aktu założycielskiego MPO). Co jednak istotne, jeżeli Przewodniczący Rady Nadzorczej nie zwoła posiedzenia,



**wnioskodawca może je zwołać samodzielnie, podając datę, miejsce i proponowany porządek obrad (§ 27 ust. 3 Aktu założycielskiego MPO).**

57. Istotny jest więc fakt, że zgodnie z § 23 ust. 1 Aktu założycielskiego MPO, Rada Nadzorcza składa się od trzech do sześciu członków, natomiast pracownicy **zawsze mają zarezerwowane dwa miejsca w Radzie Nadzorczej**. Może więc nastąpić sytuacja, w której to organ założycielski będzie miał mniejszość w Radzie Nadzorczej.
58. Nawet więc wbrew woli większości, osoby, które dostały mandat do zasiadania w Radzie Nadzorczej z ramienia pracowników (a **więc są niezależne od organu założycielskiego**), mogą poddawać pod głosowanie swoje uchwały, a nawet – biorąc pod uwagę § 27 ust. 5 Aktu założycielskiego MPO – mogą doprowadzić do głosowania, w którym strona pracownicza będzie miała większość. Przywołany § 27 ust. 5 Aktu założycielskiego MPO stanowi, że uchwały Rady Nadzorczej mogą być podjęte, jeżeli na posiedzeniu obecna jest **przynajmniej połowa jej członków**. W takim układzie kworum może być osiągnięte przy obecności dwóch członków Rady Nadzorczej powołanych z ramienia pracowników.
59. Rada Nadzorcza ma również inicjatywę zwoływania Zgromadzenia Wspólników MPO, w tym do żądania umieszczania poszczególnych spraw w porządku obrad Zgromadzenia Wspólników (§ 29 Aktu założycielskiego MPO). W jej kompetencji jest również określanie organizacji MPO w Regulaminie Organizacyjnym, który jest przez Radę Nadzorczą zatwierdzany (§ 38 Aktu założycielskiego MPO).
60. Ranga Rady Nadzorczej w uznaniu, że organ założycielski ma dominujący wpływ na cele strategiczne oraz istotne decyzje dotyczące zarządzania sprawami tej osoby prawnej **jest więc znacząca**. Jak bowiem wskazuje na to sam Zamawiający w uzasadnieniu faktycznym i prawnym, § 28 ust. 1 pkt 13) oraz § 32 pkt 11) Aktu założycielskiego MPO, **uzależnia prawo działania Zarządu Spółki od uzyskania (przy określonych czynnościach) zgody Rady Nadzorczej** lub Zgromadzenia Wspólników.
61. Powyższa argumentacja zmierza więc do wykazania, że powołanie przedstawicieli pracowników do Rady Nadzorczej MPO **negatywnie wpływa na spełnienie przesłanki z art. 214 ust. 1 pkt 11 lit. a) p.z.p.** Przedstawiciele pracowników w Radzie Nadzorczej MPO przede wszystkim dbają o interesy pracowników i prowadzą nadzór właścicielski z uwzględnieniem i racji i perspektyw funkcjonowania spółki. Innymi słowy, Zgromadzenie Wspólników MPO (tu: Prezydent m. st. Warszawa) jest **zobowiązane do konsultowania i uwzględniania w celach strategicznych oraz przy podejmowaniu istotnych decyzji dotyczących zarządzania sprawami MPO interesów reprezentowanych przez „pracowniczych” członków Rady Nadzorczej**.
62. Taki sposób kontroli nie odpowiada kontroli sprawowanej nad własnymi jednostkami (np. samorządowymi zakładami budżetowymi). Członków Rady Nadzorczej powoływanych z grona pracowników nie można również traktować jako reprezentantów innej osoby prawnej kontrolowanej przez Zamawiającego w taki sam sposób, jak określony w art. 214 ust. 1 pkt 11 lit. a) p.z.p. Są oni niezależni od



Zamawiającego i mogą reprezentować **diametralnie inne poglądy na prowadzenie spraw spółki**. Jak stanowi art. 18 ust. 5 u.g.k., reprezentanci pracowników do Rady Nadzorczej wybierani są w głosowaniu bezpośrednim i tajnym, przy zachowaniu zasady powszechności. Wynik wyborów jest wiążący dla walnego zgromadzenia. Jednocześnie, na mocy art. 18 ust. 6 u.g.k., pracownikowi spółki, będącemu członkiem jej rady nadzorczej, spółka nie może, w okresie trwania kadencji rady ani w okresie roku po zakończeniu kadencji, wypowiedzieć stosunku pracy, z wyjątkiem przypadków określonych w art. 52 Kodeksu pracy. W tym czasie spółka nie może również zmienić na niekorzyść pracownika warunków pracy lub płacy.

63. Członkowie Rady Nadzorczej MPO są przy tym wyposażeni w uprawnienia (zarówno na podstawie przepisów k.s.h., jak i samego Aktu założycielskiego MPO – por. powyższą argumentację) oraz wpływ na spółkę, których pozbawieni są pracownicy samorządowych zakładów budżetowych i osób prawnych, w których władzach nie zasiadają przedstawiciele pracowników. Powoduje to, że **Zamawiający nie sprawuje nad MPO kontroli, odpowiadającej kontroli sprawowanej nad własnymi jednostkami. I to mimo posiadania 100% udziałów MPO.**
64. Niezależnie od powyższego, również okoliczności, w których MPO brało udział w postępowaniach o udzielenie zamówienia na rzecz Zamawiającego świadczą o braku dominującego wpływu Zamawiającego na cele strategiczne zależnej spółki. Fakt, że MPO musi ubiegać się o udzielenie zamówienia w konkurencyjnej procedurze z innymi, niezależnymi od Zamawiającego podmiotami, wskazuje na brak możliwości wiążącego powierzenia MPO realizacji zadań publicznych do realizacji których obowiązany jest Zamawiający. Brak jest więc mechanizmu kontroli, który umożliwiłaby Zamawiającemu dowolne zlecenie zadań MPO, tak jak jednostce własnej.

## **V. WYŁĄCZENIE KONKURENCYJNOŚCI I EFEKTYWNOŚCI W POSTĘPOWANIU ORAZ NADUŻYCIE PRZEZ ZAMAWIAJĄCEGO POZYCJI DOMINUJĄCEJ**

65. Zgodnie z art. 32 ust. 2 Konstytucji RP, nikt nie może być dyskryminowany w życiu politycznym, społecznym lub gospodarczym z jakiegokolwiek przyczyny. W ramach przepisów p.z.p. gwarantem tego konstytucyjnego prawa mają być zasady wyrażone w art. 16 p.z.p., które odnoszą się do **przygotowania i przeprowadzania postępowania o udzielenie zamówienia oraz zasada efektywności, wyrażona w art. 17 p.z.p.**
66. Przywołany przepis stanowi, że zamawiający **przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, przejrzysty i proporcjonalny**. Obowiązek zapewnienia tych zasad nie powinien budzić wątpliwości, ponieważ „**wszystkie działania zamawiającego w zakresie przygotowania i przeprowadzania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego podlegają ocenie przez pryzmat zasad wymienionych w art. 16 Pzp**”. Obowiązek



uwzględniania zasad udzielania zamówień jest właściwy zarówno w odniesieniu do przygotowania, jak i przeprowadzenia postępowania”<sup>10</sup>.

67. Ponadto, na mocy art. 17 ust. 1 p.z.p., zamawiający udziela zamówienia w sposób zapewniający najlepszą jakość dostaw, usług, oraz robót budowlanych, uzasadnioną charakterem zamówienia, w ramach środków, które zamawiający może przeznaczyć na jego realizację, oraz uzyskanie najlepszych efektów zamówienia, w tym efektów społecznych, środowiskowych oraz gospodarczych, o ile którykolwiek z tych efektów jest możliwy do uzyskania w danym zamówieniu, w stosunku do poniesionych nakładów. Ukształtowana w ten sposób zasada proporcjonalności oznacza, że zamawiający ma obowiązek zachowania proporcji pomiędzy koniecznością zapewnienia należytej realizacji zamówienia publicznego a nienaruszaniem interesu potencjalnych wykonawców.
68. Z przywołanych wyżej zasad wynika ogólny wniosek, że zamawiający, który zamierza udzielić zamówienia musi w sposób rzetelny przeanalizować jaka formuła udzielenia zamówienia publicznego przyniesie realizację zawartych w tych przepisach postulatów. W ocenie Odwołującego, żaden ze wskazanych w tych przepisach postulatów **nie zostanie spełniony przez Zamawiającego, jeśli udzieli on zamówienia MPO w tym postępowaniu. Udzielenie zamówienia na podstawie przepisów p.z.p. nie może bowiem prowadzić do wypaczenia zasad, które z tej ustawy wypływają.**
69. Przechodząc do kwestii szczegółowych, nie ulega wątpliwości, że Zamawiający jest obowiązany do zorganizowania odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy, na terenie administracyjnym m. st. Warszawa. Wniosek ten wynika wprost z art. 6c ust. 1 u.c.p.g.
70. Teren administracyjny m. st. Warszawa wyznacza nam jednocześnie ramy rynku właściwego w rozumieniu przepisów o ochronie konkurencji, ponieważ na podstawie art. 4 pkt 9 u.o.k.k. przez „rynek właściwy” 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.
71. Zamawiającemu przysługuje również status przedsiębiorcy, na mocy art. 4 pkt 1 lit. a) u.o.k.k., który stanowi, że ilekroć w przepisach u.o.k.k. jest mowa o przedsiębiorcy, rozumie się przez to przedsiębiorcę w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 6 marca 2018 r. - Prawo przedsiębiorców (Dz. U. z 2019 r. poz. 1292 i 1495 oraz z 2020 r. poz. 424 i 1086), 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.

---

<sup>10</sup> H. Nowak, M. Winiarz [red.], *op. cit.*



72. Na podstawie art. 9 ust. 2 pkt 4) u.o.k.k., 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 rezultacie zakazane jest takie zachowanie podmiotu mającego pozycję dominującą, które uniemożliwia lub utrudnia działalność innych podmiotów na danym rynku właściwym, poprzez stworzenie barier wejścia na rynek i rozwoju podmiotów już istniejących na rynku<sup>11</sup>. Bez wątplenia zlecając MPO realizację usług odbioru i transportu odpadów w formule in-house, **Zamawiający wyłącza w zakresie dzielnic objętych zamówieniem konkurencję i eliminuje ukształtowany już rynek podmiotów odbierających odpady**. MPO będzie jedynym podmiotem uprawnionym do realizacji tego rodzaju usług w tych dzielnicach, niezależnie od tego czy będzie wykonywał usługę, zapewniając wysoką jakość usług i ich efektywność.
73. Wymaga podkreślenia, że nadużywanie pozycji dominującej polega w szczególności na przeciwdziałaniu ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji (art. 9 ust. 1 pkt 5 u.o.k.k.). Jak wskazał SA w Warszawie<sup>12</sup>, „z przeciwdziałaniem warunkom do powstania lub rozwoju konkurencji mamy do czynienia, gdy dominujący przedsiębiorca swoim zachowaniem, które może polegać albo na działaniu albo na zaniechaniu wywołuje określone negatywne skutki dla konkurencji na rynku. Przy czym działanie to nie musi być celowe tzn. nie musi mieć świadomego charakteru a więc nie zależy ani od intencji przedsiębiorcy dominującego, ani od tego, czy miał on świadomość naruszenia”.
74. Działanie Zamawiającego w sposób ewidentny i trwały ma służyć zdławieniu konkurencji na konkurencyjnym dotychczas rynku odbioru i transportu odpadów. **Zamawiający zdecydował się udzielić zamówienia własnej spółce, nie bacząc na obecność innych wykonawców na rynku odbioru i transportu odpadów w m. st. Warszawa. Nie wziął pod uwagę efektywności realizacji zamówienia, ani kosztów społecznych tej decyzji. Zamawiający arbitralną decyzją zdecydował o wyrugowaniu konkurencji i przesądził, że jedynym wykonawcą, który będzie mógł realizować zamówienie przez najbliższe 4 lata będzie MPO.** Jak podkreślił Trybunał w wyroku C-376/08<sup>13</sup>, przy określaniu, jacy wykonawcy nie mogą wziąć udziału w postępowaniu, niezbędne jest zachowanie zasady proporcjonalności. Zamawiający tej zasady jednak nie zastosował.
75. Zamawiający w żaden sposób nie kierował się przywołanymi zasadami, decydując się na tryb udzielenia zamówienia z wolnej ręki, ponieważ z udostępnionych przez Zamawiającego dokumentów (w szczególności, z uzasadnienia faktycznego i prawnego, stanowiącego element ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy) **nie wynika by te zasady znalazły odzwierciedlenie przy podejmowaniu decyzji o wyborze trybu i sposobie prowadzenia postępowania.**

<sup>11</sup> Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 19 lutego 2009 r., sygn. akt III SK 31/08.

<sup>12</sup> Wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 17 marca 2015 r., sygn. akt VI ACa 539/14.

<sup>13</sup> Wyrok ETS z 23.12.2009 r., C-376/08, Serrantoni Srl i Consorzio stabile edili Srl przeciwko Comune di Milano.



76. Co wymaga szczególnego podkreślenia, działanie Zamawiającego nie jest związane z jakąkolwiek obiektywną przesłanką, poza faworyzowaniem swojego podmiotu zależnego, jakim jest MPO. Motywem działania Zamawiającego jest więc protekcjonalizm, odbywa się to jednak kosztem innych uczestników rynku, którzy nie mają patrona w postaci podmiotu organizującego usługi odbioru odpadów na danym obszarze. W ocenie Odwołującego zarówno przepisy p.z.p., jak i u.o.k.k. mają przed takimi zachowaniami chronić, a nie chronić takie zachowania.
77. Przepisy dot. udzielania zamówień in-house nie mogą być interpretowane jako wytrych w konkurencyjnej walce między podmiotami prywatnymi i komunalnymi, ponieważ taka interpretacja stanowiłaby jawną dyskryminację podmiotów prywatnych, ze względu na źródło pochodzenia ich kapitału. Przepisy o in-house nie mogą bowiem unieważniać systemowego ukształtowania przepisów o udzieleniu zamówienia z wolnej ręki.
78. Jak wskazywał już Odwołujący w tym postępowaniu, jeżeli Zamawiający udzieli zamówienia w przewidzianej w tym postępowaniu formule in-house, będzie to skutkowało eliminacją wolnego rynku na danym obszarze. W ocenie Odwołującego nie jest jednak uprawnione, w oparciu o dyrektywy wykładni systemowej, traktowanie **formuły in-house jako możliwości bezpośredniej ingerencji w wolny rynek, który na skutek jej zastosowania jest niszczoney**. Należy bowiem zwrócić uwagę, że poszczególne przesłanki udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki dotyczą sytuacji, w której nie ma konkurencji w ogóle (zamówienie może być wykonane przez jednego wykonawcę, por. np. art. 214 ust. 1 pkt. 1-3 i 8 p.z.p.) albo udzielenie zamówienia było poprzedzone procedurą konkurencyjną (por. art. 214 ust. 1 pkt 3, 6, 7 p.z.p.). Poza tym zamówienie z wolnej ręki może zostać udzielone, jeżeli jest związane z jednorazową, wyjątkową sytuacją (por. art. 214 ust. 1 pkt 9 p.z.p.), czy wręcz dokonywane jest w realiach wolnego rynku (por. art 214 ust. 1 pkt 10 p.z.p.). Żadna z wymienionych podstaw udzielenia zamówienia z wolnej ręki **nie stanowi podstawy do ograniczenia, czy wręcz wyrugowania konkurencji z rynku**.
79. Potwierdza to również orzecznictwo TSUE, który w wyroku C-285/18 „Irgita”<sup>14</sup> wskazał, że:

*„61 Jak wynika co do istoty z pkt 48 niniejszego wyroku, **okoliczność, że zamówienie typu in-house w rozumieniu art. 12 ust. 1 dyrektywy 2014/24 nie jest objęte zakresem stosowania tej dyrektywy, nie może zwalniać państw członkowskich, ani też instytucji zamawiających, od poszanowania zasad równego traktowania, niedyskryminacji, proporcjonalności i przejrzystości.***

*62 Należy ponadto zauważyć, że motyw 31 tej dyrektywy stanowi **w odniesieniu do współpracy między podmiotami sektora publicznego, że należy zapewnić, aby żadna współpraca tego rodzaju, która podlega wyłączeniu z zakresu***

---

<sup>14</sup> Wyrok TS z 3.10.2019 r., C-285/18, KAUNO MIESTO SAVIVALDYBĖ I KAUNO MIESTO SAVIVALDYBĖS ADMINISTRACIJA PRZECIWKO UAB „IRGITA“ I UAB „KAUNO ŠVARA“, LEX nr 2723796.





***stosowania tej dyrektywy, nie skutkowało zakłóceniem konkurencji w odniesieniu do prywatnych wykonawców”.***

80. Orzecznictwo krajowe oraz europejskie w sposób jednoznaczny podkreśla, iż zastosowanie trybów niekonkurencyjnych w ramach prawa zamówień publicznych, dopuszczalne jest jedynie w wyjątkowych sytuacjach, które muszą być interpretowane w sposób ścisły. Wynika to również bezpośrednio z art. 129 ust. 2 p.z.p., który stanowi, że zamawiający może udzielić zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego i przetargu ograniczonego, a w pozostałych trybach zamawiający może udzielić zamówienia w przypadkach określonych w p.z.p.
81. Próba udzielenia zamówienia w okolicznościach tej sprawy, stanowi więc ograniczenie konkurencji poprzez nadużycie pozycji dominującej, o której mowa w art. 9 ust. 2 pkt 5 u.o.k.k.

\*

\*

\*

82. Mając na uwadze powyższą argumentację, wnoszę o uwzględnienie odwołania.

---

Tomasz Miś

radca prawny

Załączniki:

1. Wpis od odwołania;
2. KRS Odwołującego;
3. Pełnomocnictwo wraz opłatą skarbową;
4. Dowód przekazania odwołania Zamawiającemu.