



JERZYKOWSKI I WSPÓLNICY
RADCOWIE PRAWNI
SPÓŁKA PARTNERSKA

Jarosław Jerzykowski
radca prawny
wspólnik zarządzający

Stanisław Jerzykowski
radca prawny
wspólnik (of counsel)

Marcin Boczek
radca prawny
wspólnik

Anna Moczulska
radca prawny

Martyna Wójcik
radca prawny

Adrianna Gebel
radca prawny

Katarzyna Jurkowska
radca prawny

Maja Dec
radca prawny

Małgorzata Zasuwik
radca prawny

Agnieszka Garnyś
radca prawny

Magdalena Kupraszewicz
radca prawny

**Jerzykowski i Wspólnicy
Radcowie Prawni sp. p.**
(dawniej: Jerzykowski i Wspólnicy sp. k.)
Sąd Rejonowy Szczecin – Centrum
w Szczecinie XIII Wydział Gospodarczy
Krajowego Rejestru Sądowego
KRS nr 0000874765

Szczecin, dnia 28 lutego 2022 r.

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

Zamawiający:

Miasto st. Warszawa –
Urząd m. st. Warszawy
Pl. Bankowy 3/5
00-950 Warszawa

e-mail: zamowieniabzp@um.warszawa.pl

Odwołujący:

Jarper Sp. z o.o.
Al. Krakowska 108A,
05-552 Kolonia Warszawska
KRS: 0000088811

repr. przez: r.pr. Jarosława Jerzykowskiego

adres do doręczeń:

Jerzykowski i Wspólnicy Radcowie Prawni Sp. p.
ul. Sławomira 4/13
71 – 606 Szczecin
e-mail: kancelaria@jerzykowski.pl
tel. +48 91 464 68 51

numer ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych: 2022/BZP 00062472

ODWOŁANIE

WOBEC NIEZGODNEJ Z PRZEPISAMI CZYNNOŚCI ZAMAWIAJĄCEGO

Działając na podstawie art. 513 pkt 1 w zw. z art. 505 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. (tekst jednolity: Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 z późn. zm. - „PZP”) w imieniu Odwołującej tj. Jarper Sp. z o.o. z siedzibą w Kolonii Warszawskiej („Odwołujący” lub „Jarper”), jako pełnomocnik Odwołującego wnoszę odwołanie wobec:

ul. Sławomira 4/13
71-606 Szczecin
tel. +48 91 4646850-52
fax +48 91 4252738

KRS 0000874765
NIP 8512944369
www.jerzykowski.pl
kancelaria@jerzykowski.pl



- **czynności Zamawiającego polegającej na zastosowaniu trybu zamówienia z wolnej ręki do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „Odbiór odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych i mieszanych w W-wie, od 1.07.2022 r. (dzielnice: Białoleka, Targówek; Ochota, Ursus, Włochy, Śródmieście, Bemowo i Wola) i od 1.10.2022 r. (Mokotów) („Postępowanie”);**

i zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

- (1) art. 214 ust. 1 pkt 11 lit. a) PZP poprzez zamiar udzielenia zamówienia in – house osobie prawnej w stosunku, do której nie zachodzi przesłanka sprawowania kontroli odpowiadającej kontroli sprawowanej nad własnymi jednostkami, polegającej na dominującym wpływie na cele strategiczne oraz istotne decyzje dotyczące zarządzania sprawami tej osoby prawnej;
- (2) art. 214 ust. 1 pkt 11 lit. b) PZP w zw. z art. 214 ust. 5 PZP poprzez zamiar udzielenia zamówienia in – house osobie prawnej w stosunku, do której nie zachodzi przesłanka, iż ponad 90% jej działalności kontrolowanej dotyczy wykonywania zadań powierzonych jej przez Zamawiającego sprawującego kontrolę;
- (3) art. 214 ust. 9 PZP poprzez zamiar udzielenia zamówienia in – house osobie prawnej, która świadczenia wchodzące w skład przedmiotu zamówienia wykonuje przy pomocy podwykonawców;
- (4) art. 214 ust. 1 pkt 11 PZP w zw. z art. 58 § 1 KC w zw. z art. 8 ust. 1 PZP poprzez zamiar zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, która będzie nieważna z mocy prawa w następstwie sprzeczności z bezwzględnie obowiązującymi przepisami prawa, tj. ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (tekst jedn.: Dz. U. z 2021 r. poz. 275 – „UoKiK”);
- (5) art. 216 ust. 1 PZP w zw. z załącznikiem 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 – „Rozp. z spr. ogłoszeń”) poprzez opublikowanie ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy niezawierające treści wymaganej przepisami prawa;

wnosząc o uwzględnienie odwołania w całości i tym samym:

- (I) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia Postępowania;
- (II) zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego zgodnie ze spisem kosztów, który zostanie przedstawiony na rozprawie przed Krajową Izbą Odwoławczą („KIO”)

a także

- (III) przeprowadzenie dowodów wskazanych w uzasadnieniu odwołania, na okoliczności tam wskazane;
- (IV) przeprowadzenie dowodów złożonych przez Odwołującego na rozprawie przed KIO;
- (V) zobowiązanie Zamawiającego w trybie art. 536 PZP do przedłożenia wszelkich dokumentów potwierdzających, iż w stosunku do wykonawcy, któremu ma zostać udzielone zamówienie w wyniku zakończenia Postępowania, tj. w stosunku Miejskiemu



Przedsiębiorstwu Oczyszczania w m.st. Warszawa Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie („MPO”) zachodzą przesłanki opisane w art. 214 ust. 1 pkt 14 PZP, tj.

- (V.I.) potwierdzających, że w dniu wszczęcia Postępowania Zamawiający w stosunku do MPO sprawował kontroli odpowiadającą kontroli sprawowanej nad własnymi jednostkami, polegającą na dominującym wpływie na cele strategiczne oraz istotne decyzje dotyczące zarządzania sprawami tej osoby prawnej;
 - (V.II.) potwierdzających, że w dniu wszczęcia Postępowania w stosunku do MPO zachodzi przesłanka, iż ponad 90% jej działalności kontrolowanej dotyczy wykonywania zadań powierzonych jej przez Zamawiającego sprawującego kontrolę, tj. że 90% jej średniego przychodu osiągniętego przez MPO w odniesieniu do usług za 3 lata poprzedzające udzielenie zamówienia w związku z Postępowaniem pochodzi z wykonywania zadań powierzonych jej przez Zamawiającego.
- (VI) przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego z zakresu rachunkowości i finansów na okoliczność ustalenia jaki procent przychodów ze sprzedaży MPO w ostatnich trzech latach pochodził z wykonywania zadań powierzonych jej przez Zamawiającego;

Termin na wniesienie odwołania

Ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy dot. Postępowania („Ogłoszenie”) zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 18 lutego 2022 r.

Wobec powyższego, zgodnie z art. 515 ust. 3 pkt 1) PZP, termin do wniesienia odwołania wynosi 10 dni od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia, w przypadku zamówień, których wartość jest równa albo przekracza progi unijne. W niniejszej sprawie termin ten rozpoczyna bieg od dnia publikacji Ogłoszenia.

Wartość zamówienia dla Postępowania, stosownie do treści Ogłoszenia, wynosi 973.781.801,06 PLN netto, a zatem przekracza wartość tzw. progu unijnego, o którym mowa w art. 3 ust. 1 PZP.

Z uwagi na opisane powyżej okoliczności termin na wniesienie odwołania upływa z dniem 28 lutego 2022 r., co oznacza, iż odwołanie wniesione w dniu dzisiejszym zostaje wniesione w terminie

Naruszenie interesu Odwołującego w uzyskaniu zamówienia

Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia albowiem jest on zainteresowany złożeniem oferty w postępowaniu konkurencyjnym, którego przedmiot zamówienia byłby tożsamy z przedmiotem zamówienia w Postępowaniu. Bezpodstawne zastosowanie przez Zamawiającego trybu zamówienia z wolnej ręki uniemożliwia Odwołującemu uzyskanie zamówienia, a co się z tym wiąże utraty spodziewanego zysku, co w konsekwencji przekłada się na określoną szkodę w postaci utraty spodziewanych przychodów.



Odwołujący jest przedsiębiorcą prowadzącym działalność na rynku odbioru odpadów od szeregu lat. Gdyby nie bezprawna czynność Zamawiającego, to mógłby wziąć udział w postępowaniu w konkurencyjnym.

UZASADNIENIE

KLUCZOWE ELEMENTY STANU FAKTYCZNEGO

1. Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia sektorowego, w trybie zamówienia z wolnej ręki na „Odbiór odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych i mieszanych w W-wie, od 1.07.2022 r. (dzielnice: Białołęka, Targówek; Ochota, Ursus, Włochy, Śródmieście, Bemowo i Wola) i od 1.10.2022 r.”. Postępowanie jest prowadzone przez Zamawiającego w trybie zamówienia z wolnej ręki na podstawie przepisu art. 214 ust. 1 pkt 11 PZP, jako tzw. zamówienie in – house.
2. Ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy zostało opublikowane przez Zamawiającego w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 18 lutego 2022 r.

Dowód: o zamiarze zawarcia umowy (załącznik do odwołania);

3. Zgodnie z Ogłoszeniem zamówienie będące przedmiotem Postępowania ma zostać udzielone Miejskiemu Przedsiębiorstwu Oczyszczania w m.st. Warszawa Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie („MPO”).
4. Zamówienie będące przedmiotem Postępowania nie może zostać udzielone w trybie zamówienia z wolnej ręki z przyczyn opisanych szczegółowo w uzasadnieniu niniejszego odwołania.

UZASADNIENIE W ZAKRESIE NARUSZENIA ART. 214 UST. 1 PKT 11 LIT. A) PZP POPRZEZ ZAMIAR UDZIELENIA ZAMÓWIENIA IN – HOUSE OSOBE PRAWNEJ W STOSUNKU, DO KTÓREJ NIE ZACHODZI PRZESŁANKA SPRAWOWANIA KONTROLI ODPOWIADAJĄCEJ KONTROLI SPRAWOWANEJ NAD WŁASNYMI JEDNOSTKAMI, POLEGAJĄCEJ NA DOMINUJĄCYM WPŁYWIE NA CELE STRATEGICZNE ORAZ ISTOTNE DECYZJE DOTYCZĄCE ZARZĄDZANIA SPRAWAMI TEJ OSOBY PRAWNEJ

5. Zgodnie z przepisem art. 214 ust. 1 pkt 11 lit. a) PZP zamówienie może być udzielone w trybie zamówienia z wolnej ręki osobie prawnej, jeżeli 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.
6. Rozumienie przedmiotowej przesłanki ma ugruntowaną tradycję prawną wynikającą z orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, a wcześniej (tj. przed tzw. Traktatem Lizbońskim) Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości („TSUE”), który jest



- twórcą koncepcji zamówień in – house. Tym samym rozumienie poszczególnych przesłanek wynikających z art. 214 ust. 1 pkt 11 PZP musi następować z uwzględnieniem orzecznictwa europejskiego.
7. Kluczowe znaczenie dla określenia treści omawianej instytucji miał wyrok TSUE z dnia 18 listopada 1999 r. w sprawie C-107/98 (*Teckal Srl v. Comune di Viano and Azienda Gas-Acqua Consorziale (AGAC) di Reggio Emilia*), w którym Trybunał orzekł, iż obowiązek stosowania przepisów o zamówieniach publicznych nie powstaje, gdy organ lokalny ma w stosunku do danej osoby uprawnienia podobne do uprawnień przysługujących mu wobec jego własnych wydziałów oraz jednocześnie osoba ta wykonuje istotną część działalności organu wraz ze sprawującymi nad nią taką kontrolę organem lub organami.
 8. Zasadnicze elementy instytucji zamówień in-house sformułowane w wyroku z dnia 18 listopada 1999 r. w sprawie C-107/98 (*Teckal Srl v. Comune di Viano and Azienda Gas-Acqua Consorziale (AGAC) di Reggio Emilia*), podlegały doprecyzowaniu w kolejnych wyrokach TSUE.
 9. W wyroku z dnia 11 stycznia 2005 r. w sprawie C-26/03 (*Stadt Halle and RPL Recyclingpark Lochau GmbH v. Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna*) Trybunał podkreślił, że: „Zgodnie z orzecznictwem Trybunału nie jest wykluczone wystąpienie innych okoliczności, w których zaproszenie do składania ofert nie jest obowiązkowe, mimo że kontrahent jest jednostką odrębną od instytucji zamawiającej pod względem prawnym. Może tak być w przypadku, gdy władza publiczna, jaką jest instytucja zamawiająca, sprawuje nad daną jednostką odrębną kontrolę analogiczną do tej, jaką sprawuje nad własnymi służbami i gdy ta prowadzi swoją podstawową działalność na rzecz sprawującego nad nią kontrolę organu lub organów władzy (zob. podobnie ww. wyrok w sprawie *Teckal*, pkt 50).
 10. Znaczenie wyroku z dnia 11 stycznia 2005 r. w sprawie C-26/03 (*Stadt Halle and RPL Recyclingpark Lochau GmbH v. Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna*) zasadza się również na tym, iż w orzeczeniu tym Trybunał podjął próbę doprecyzowania zakresu kontroli sprawowanej przez instytucję zamawiającą nad osobą prawną, której ma zostać udzielone zamówienie. W wyroku tym Trybunał orzekł bowiem: „W odniesieniu do przedmiotu kontroli Trybunał w wyroku *Teckal*, ustanawiającym omawiany wyjątek, nie ograniczył jej do określonych decyzji kontrolowanej jednostki. Sama kontrola decyzji o udzielaniu zamówień ogólnie lub nawet konkretnej decyzji o udzieleniu zamówienia nie jest zatem wystarczająca. **Mając na uwadze brzmienie i cel kryterium kontroli analogicznej do sprawowanej nad własnymi służbami, należy raczej wymagać możliwości całkowitej kontroli. Nie powinna się ona jednak ograniczać do strategicznych decyzji rynkowych, ale obejmować również poszczególne decyzje z zakresu zarządzania**”.
 11. W swoim orzecznictwie TSUE akcentował też, że kontrola sprawowana przez zamawiającego nad podmiotem, któremu ma być udzielone zamówienie, nie może być sprowadzona jedynie do wykonywania uprawnień wynikających z posiadania akcji lub udziałów. W wyroku z dnia 11 maja 2006 r. w sprawie C-340/04 (*Carbotermo SpA i Consorzio Alisei v. Comune di Busto Arsizio i AGESP SpA*) Trybunał zwrócił uwagę, że: „Dyrektywa 93/36 koordynująca procedury udzielania zamówień publicznych na dostawy stoi na przeszkodzie udzieleniu zamówienia w sposób bezpośredni na dostawy i usługi, którego przeważającą wartość stanowią dostawy, spółce akcyjnej, której zarząd posiada szerokie kompetencje do prowadzenia spraw spółki i może wykonywać je w sposób samodzielny, i której kapitał zakładowy jest aktualnie objęty w całości przez inną spółkę akcyjną, której większościowym akcjonariuszem jest z kolei instytucja zamawiająca. W



takich okolicznościach nie jest bowiem spełniona przesłanka niestosowania dyrektywy 93/36, zgodnie z którą instytucja zamawiająca sprawuje nad spółką, której udzieliła danego zamówienia publicznego, kontrolę analogiczną do sprawowanej nad własnymi służbami”.

12. Konfrontując przywołany sposób rozumienia przesłanki sprawowania kontroli, o której mowa w art. 214 ust. 1 pkt 11 lit. a PZP z opisem okoliczności faktycznych dot. MPO zawartych w Ogłoszeniu, a uzasadniających udzielenie zamówienia in – house widać jednoznacznie, iż przesłanka ta nie występuje w niniejszej sprawie.
13. W odniesieniu do sprawowania kontroli Zamawiający wskazał w ogłoszeniu, że *„Miasto sprawuje nad MPO kontrolę odpowiadającą kontroli nad własnymi jednostkami. Wszystkie udziały w kapitale zakładowym MPO należą do Miasta, w imieniu którego działa Prezydent, pełniący również funkcję Zgromadzenia Wspólników („ZW”). Miasto jako jedyny wspólnik MPO posiada dominujący wpływ na cele strategiczne oraz istotne decyzje dotyczące zarządzania sprawami MPO. Uprawnienia właściciela zostały wzmocnione Aktem Założycielskim MPO („AZ MPO”) (w szczeg. §22 ust. 2-3 i §32) ponad te wynikające z przepisów prawa, w tym ksh.”.*

Dowód: o zamiarze zawarcia umowy (załącznik do odwołania);

14. Okoliczności wskazane w Ogłoszeniu nie przesądzają, jednakże o istnieniu w stosunku do MPO kontroli takiej jak wymagana w postanowieniach art. 214 ust. 1 pkt 11 PZP. Fakt posiadania przez Zamawiającego 100% udziałów w kapitale zakładowym nie jest wystarczającą okolicznością, aby stwierdzić istnienie przesłanki sprawowania kontroli, na co wskazuje cytowane powyżej orzecznictwo europejskie.
15. Zamawiający, wbrew temu co pisze w Ogłoszeniu, nie posiada też dominującego wpływu na cele strategiczne oraz istotne decyzje dotyczące zarządzania sprawami MPO. Kompetencje opisane w przywoływanym przez Zamawiającego § 22 ust. 2 - 3 i w § 32 Aktu Założycielskiego stanowią zwyczajne kompetencje właścicielskie występujące w ładach korporacyjnych zarówno spółek prywatnych, jak i spółek należących do j.st. Postanowienia te nie mają żadnego szczególnego charakteru, która miałby zaświadczać o sprawowaniu kontroli odpowiadającej kontroli sprawowanej nad własnymi jednostkami, polegającej na dominującym wpływie na cele strategiczne oraz istotne decyzje dotyczące zarządzania sprawami tej osoby prawnej.
16. Przywoływany przez Zamawiającego § 22 ust. 2 - 3 § 32 Aktu Założycielskiego stanowi jedynie, że:

Zarząd zobowiązany jest przygotować oraz przedłożyć Zgromadzeniu Wspólników do zatwierdzenia, po uprzednim zaopiniowaniu przez Radę Nadzorczą, projekt rocznego planu gospodarczego Spółki, uwzględniający Wyznaczone przez Prezydenta m.st. Warszawy szczegółowe cele działalności spółki związane z realizacją zadań, o których mowa w § 6 ust. 1 i 4 nie później niż w terminie do 15 stycznia roku obrotowego, którego ma dotyczyć.

oraz

Zarząd sporządza plany wieloletnie oraz strategie rozwoju Spółki na okres kolejnych 5 lat kalendarzowych, uwzględniające Wyznaczone przez Prezydenta m.st. Warszawy szczegółowe cele działalności Spółki, związane z realizacją zadań, o których mowa w § 6 ust. 1 i 4 Planu oraz strategie Zarząd przedkłada do zatwierdzenia Zgromadzeniu Wspólników - po uprzednim zaopiniowaniu przez Radę Nadzorczą.



Dowód: Akt Założycielski MPO (załącznik do odwołania);

17. Wskazywane postanowienia nie dotyczą zatem żadnego wiążącego wpływu Zamawiającego na działalność MPO, a jedynie opiniowania przez Radę Nadzorczą planów rocznych, planów wieloletnich oraz strategii. Z Aktu Założycielskiego MPO nie wynika jednakże, aby opinia Rady Nadzorczej miała być wiążąca dla zarządu spółki, ani też ani też aby czynności wykonawcze objęte ww. dokumentami strategicznymi miały być koordynowane przez Zamawiającego lub organy MPO powoływane przez Zamawiającego.
18. Zwrócić należy też uwagę, iż wskazywane dokumenty mają charakter dokumentów strategicznych związanych długookresowymi celami spółki. Tymczasem art. 214 ust. 1 pkt 11 lit. a) PZP stanowi także dominującym wpływie oraz istotne decyzje dotyczące zarządzania sprawami osoby prawnej. Z powołanych postanowień § 22 Aktu Założycielskiego nie wynika jakikolwiek wpływ Zamawiającego na bieżące zarządzanie MPO. Zgodnie z wyrokiem TSUE z dnia 11 stycznia 2005 r. w sprawie C-26/03 (*Stadt Halle and RPL Recyclingpark Lochau GmbH v. Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna*) „**Mając na uwadze brzmienie i cel kryterium kontroli analogicznej do sprawowanej nad własnymi służbami, należy raczej wymagać możliwości całkowitej kontroli. Nie powinna się ona jednak ograniczać do strategicznych decyzji rynkowych, ale obejmować również poszczególne decyzje z zakresu zarządzania**”. Taki wpływ Zamawiającego nie wynika z przedmiotowych dokumentów.
19. Analogicznie rzecz się ma z postanowieniami § 32 Aktu Założycielskiego MPO. Postanowienia te obejmują typowe z punktu widzenia obrotu prawnego kompetencje Walnego Zgromadzenia, do tego częściowo powtarzające postanowienia wynikające z ustawy z dnia 15 września 2000 r. Kodeks spółek handlowych (tekst jedn.: Dz. U. z 2020 r. poz. 1526 z późn. zm. – „KSH”). Niewątpliwie stanowią one część ładu korporacyjnego MPO, ale nie pozwalają na uznanie, iż Zamawiający sprawuje nad MPO kontrolę odpowiadającą kontroli sprawowanej nad własnymi jednostkami, polegającą na dominującym wpływie na cele strategiczne oraz w szczególności na istotne decyzje dotyczące zarządzania sprawami tej osoby prawnej. Z przedstawionych dokumentów nie wynika, aby którykolwiek z organów MPO powoływanych przez Zamawiającego brał udział w procesie zarządzania sprawami MPO.

Dowód: Akt Założycielski MPO (załącznik do odwołania);

20. Analiza ładu korporacyjnego MPO pokazuje jednoznacznie, iż w stosunku do tej spółki nie zachodzi przesłanka z art. 214 ust. 1 pkt 1 lit. a) PZP.
21. Brak spełnienia ww. przesłanki potwierdzają dokumenty pochodzące od MPO pokazujące przebieg procesu decyzyjnego w tej spółce oraz udział (a mówiąc precyzyjnie – brak udziału Zamawiającego) tak w kreowaniu celów strategicznych, jak w procesie zarządzania ich realizacją.
22. Zgodnie ze *Sprawozdaniami z działalności Miejskiego Przedsiębiorstwa Oczyszczania w m.st. Warszawie spółka z o.o. w latach obrotowych 2018 – 2020* zarząd tej spółki miał pełną autonomię decyzyjną w zakresie kreowania i prowadzenia działalności spółki. Jak wynika z tych dokumentów:

(1) nadzór nad poszczególnymi obszarami działań spółki był sprawowany przez określonych członków zarządu, bez udziału rady nadzorczej czy walnego zgromadzenia; udział rady nadzorczej był ograniczony jedynie do podziału obowiązków pomiędzy



Członkami Zarządu Spółki;

(2) w najważniejszych działaniach podjętych przez spółkę (w tym nawet restrukturyzacyjnych) organy wyznaczone przez Zamawiającego nie brały udziału;

(3) wśród zdarzeń zdarzeniach, które istotnie wpływały na działalność spółki nie wymienia się decyzji organów spółki wyznaczanych przez Zamawiającego ani nawet nie wskazuje się na jakimkolwiek ich wpływ;

Dowód: Sprawozdanie z działalności MPO za rok obrotowy 2020 (załącznik do odwołania);

Dowód: Sprawozdanie z działalności MPO za rok obrotowy 2019 (załącznik do odwołania);

Dowód: Sprawozdanie z działalności MPO za rok obrotowy 2018 (załącznik do odwołania);

23. Odwołujący zwraca uwagę, że w już wyroku z dnia 13 października 2005 r. w sprawie C-458/03 (*Parking Brixen GmbH v. Gemeinde Brixen and Stadtwerke Brixen AG*) TSUE zwracał uwagę na aspekty, które należy badać, ustalając stopień kontroli i zależności pomiędzy jednostką zamawiającą a podległą jej osobą prawną. Trybunał wyraźnie akcentował nie tylko aspekt właścicielski wynikający z posiadania udziałów albo akcji w kapitale zakładowym, lecz także stopień autonomii organu zarządzającego (choćby był on całkowicie wyłaniany przez organy władzy samorządowej). Uzasadnienie tego wyroku wyraźnie akcentuje, że dla ustalenia odpowiedniego stopnia zależności pomiędzy instytucją zamawiającą a jej osobą prawną niezbędne jest istnienie podległości o intensywniejszym charakterze niż wynikająca z wykonywania uprawnień wspólnika czy akcjonariusza. Powinien być to wpływ zarówno na cele strategiczne funkcjonowania danej osoby prawnej, jak i na inne ważne decyzje podmiotu podległego.
24. W swoim orzecznictwie TSUE wskazywał, że okoliczność, iż instytucja zamawiająca posiada, sama lub wraz z innymi instytucjami publicznymi, całość kapitału zakładowego spółki, której udzielono zamówienia, wydaje się wskazywać – jedynie w sposób nieprzesądający – że instytucja zamawiająca sprawuje nad tą spółką kontrolę analogiczną do sprawowanej nad własnymi służbami w rozumieniu pkt 50 z dnia 18 listopada 1999 r. w sprawie C-107/98 (*Teckal Srl v. Comune di Viano and Azienda Gas-Acqua Consorziale (AGAC) di Reggio Emilia*). Tak orzekał TSUE np. wyroku z dnia 11 maja 2006 r. w sprawie C-340/04 (*Carbotermo SpA i Consorzio Alisei v. Comune di Busto Arsizio i AGESP SpA*).
25. Niemożność utożsamienia posiadania całości kapitału zakładowego ze sprawowaniem nad osobą prawną kontroli analogicznej do kontroli sprawowanej nad własnymi służbami wynika z faktu, iż TSUE konsekwentnie wyraża pogląd, że „analogiczna kontrola” istnieje dopiero wówczas, gdy dana jednostka podlega kontroli pozwalającej instytucji zamawiającej na wywieranie wpływu na jej decyzje (wyrok TSUE z dnia 29 listopada 2012 r. w sprawie C-182/11 i C-183/11 (*Econord SpA v. Comune di Cagno i inni*)). Instytucja zamawiająca musi być w stanie sprawować strukturalną i funkcjonalną kontrolę nad tą jednostką (wyrok TSUE z dnia 17 lipca 2008 r. w sprawie C-371/05 (*Komisja v. Włochy*)).
26. Jak widać w omawianym przypadku warunki te nie są spełnione.



UZASADNIENIE W ZAKRESIE NARUSZENIA ART. 214 UST. 1 PKT 11 LIT. B) PZP W ZW. Z ART. 214 UST. 5 PZP POPRZEZ ZAMIAR UDZIELENIA ZAMÓWIENIA IN – HOUSE OSOBE PRAWNEJ W STOSUNKU, DO KTÓREJ NIE ZACHODZI PRZESŁANKA, IŻ PONAD 90% JEJ DZIAŁALNOŚCI KONTROLOWANEJ DOTYCZY WYKONYWANIA ZADAŃ POWIERZONYCH JEJ PRZEZ ZAMAWIAJĄCEGO SPRAWUJĄCEGO KONTROLĘ

27. Drugim warunkiem koniecznym opisanym w treści art. 214 ust. 1 pkt 11 PZP jest wykonywanie przez kontrolowaną osobę prawną zadań powierzonych jej przez zamawiającego. Procent działalności stanowiący przesłankę udzielenia zamówienia in-house jest określany za pomocą instrumentarium właściwego dla rachunkowości. Zgodnie z postanowieniami art. 214 ust. 5 PZP jest to udział w średnim przychodzie osiągniętym przez osobę prawną lub zamawiającego w odniesieniu do usług, dostaw lub robót budowlanych za 3 lata poprzedzające udzielenie zamówienia.
28. Jak stanowi art. 214 ust. 1 pkt 11 lit b) PZP określony w ustawie procent działalności ma dotyczyć wykonywania zadań powierzonych jej przez zamawiającego sprawującego kontrolę.
29. PZP nie precyzuje, jak na potrzeby obliczania wymaganego procentu przychodów należy rozumieć ich pochodzenie z „powierzenia zadań”. W szczególności brak jest wskazówki interpretacyjnej pozwalającej na jednoznaczne stwierdzenie, czy przez powierzenie zadań należy rozumieć wyłącznie przypadki zlecenia ich w drodze aktu utworzenia danej osoby prawnej bądź celowo zawieranej umowy powierzenia zadań, czy także przypadki, gdy osoba prawna uzyskiwała przychody od zamawiającego, lecz w następstwie złożenia oferty najkorzystniejszej w konkurencyjnym postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego, a zatem w postępowaniu otwartym (publicznym), w którym osoba prawna kontrolowana musiała w normalny sposób rywalizować z innymi podmiotami.
30. Mając jednakże na uwadze prawnoeuropejską genezę art. 214 ust. 1 pkt 11 lit b) PZP drugi z przypadków nie powinien być traktowany jako powierzenie zadań, a przychody z „komercyjnie” pozyskanego zlecenia nie powinny być zaliczane na poczet wymaganego progu przychodów pochodzącego ze „zlecenia zadań”. W takim bowiem przypadku osoba prawna mająca być wykonawcą zamówienia in-house działa jak każdy inny uczestnik rynku, a realizacja świadczeń na rzecz zamawiającego jest jedynie wynikiem gry rynkowej, a nie następstwem działania zmierzającego do realizacji zadania przy pomocy własnej jednostki organizacyjnej.
31. Interpretację taką wspiera motyw (31) preambuły do Dyrektywy 2014/24/UE, który wskazuje, iż zastosowanie przepisów dotyczących zamówień publicznych nie powinno jednak zakłócać swobody organów publicznych w zakresie wykonywania powierzonych im zadań dotyczących usług publicznych poprzez wykorzystanie ich własnych zasobów, co obejmuje możliwość współpracy z innymi organami publicznymi. **Zorganizowania otwartego przetargu, w którym najkorzystniejszą ofertę złoży osoba prawna kontrolowana przez zamawiającego, nie można uznawać za „wykonywanie powierzonych im zadań dotyczących usług publicznych poprzez wykorzystanie ich własnych zasobów”, zorganizowanie przez zamawiającego procedury otwartej zakłada bowiem możliwość realizacji danego zadania przy pomocy zasobu cudzego.**
32. Wedle wiedzy Odwołującego, przy takiej interpretacji przesłanki wielkości obrotów określonej w art. 214 ust. 1 pkt 11 lit. b PZP (w zw. z art. 214 ust. 5 PZP) przesłanka ta nie zachodzi w odniesieniu do MPO.



33. Wedle wiedzy Odwołującego kwoty wskazane w Ogłoszeniu obrazujące wielkości obrotów MPO obejmują kwoty wynikające ze świadczenia przez MPO usług na rzecz Zamawiającego, ale pozyskanych na rynku komercyjnym, tj. w wyniku wyboru oferty MPO złożonej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. W wyniku rozstrzygnięcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn. Odbiór odpadów komunalnych z terenu nieruchomości położonych w m.st. Warszawie, od 1 stycznia 2019 r. (nr postępowania: ZP/GP/271/IV-172/18) Zamawiający zawarł z MPO Warszawa trzy umowy:
- (1) umowę na odbiór odpadów komunalnych z terenu nieruchomości położonych w m.st. Warszawie, Zadanie 4 Ochota, Ursus, Włochy (umowa z 27 marca 2019 r., GO/B/III/1/8/U-7/19 - 22);
- (2) umowę na odbiór odpadów komunalnych z terenu nieruchomości położonych w m.st. Warszawie, Zadanie 7, Śródmieście (umowa z 27 marca 2019 r., GO/B/III/1/8/U-10/19 - 22) ;
- (3) umowę na odbiór odpadów komunalnych z terenu nieruchomości położonych w m.st. Warszawie, Zadanie 9 Bemowo i Wola (umowa z 27 marca 2019 r., GO/B/III/1/8/U-12/19 - 22);
34. **Przychody z tych umów nie powinny być uwzględniane w przy obliczeniach związanych z przesłanką określoną w art. 214 ust. 1 pkt 11 lit. b PZP (w zw. z art. 214 ust. 5 PZP), gdyż nie pochodzą z „powierzenia zadań” przez Zamawiającego w znaczeniu, o którym mowa w tym przepisie.**
35. Dodatkowo Odwołujący podnosi, iż przychody ze świadczenia usług przez MPO na rzecz Zamawiającego wskazane w Ogłoszeniu prawdopodobnie obejmują również przychody obejmując również dopłaty wynikające z § 6 ust. 1 Umowy Wykonawczej w sprawie świadczenia usług publicznych w zakresie zagospodarowania odpadów z dnia 12 grudnia 2017 r. („Umowa Wykonawcza”), zawartej w wyniku realizacji 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.
36. Jak wynika z postanowień § 3 ust. 1 pkt 4 Umowy Wykonawczej przedmiot tej umowy obejmuje m.in. **wyłanianie jako zamawiający, podmiotów trzecich prowadzących instalacje do przetwarzania odpadów w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego na zagospodarowanie Odpadów zakresie, w jakim zagospodarowanie Odpadów nie będzie następowało w Instalacjach prowadzonych przez MPO.**
- Dowód:** Umowa Wykonawcza (załącznik do odwołania);
37. Dodatkowo, w myśl § 3 ust. 1 pkt 6 Umowy Wykonawczej, przedmiot tej umowy obejmuje świadczenie tzw. Usług Publicznych. Usługi te zostały zdefiniowane w słowniku pojęć zawartym w Umowie Wykonawczej jako określone w Akcie Założycielskim usługi w ogólnym interesie gospodarczym stanowiące zadanie własne m.st. Warszawy z zakresu gospodarki komunalnej polegające na zagospodarowaniu Odpadów.
- Dowód:** Umowa Wykonawcza (załącznik do odwołania);
38. Z kolei § 6 ust. 5 lit a) Aktu Założycielskiego MPO stanowi, że *Usługa w ogólnym interesie gospodarczym, w zakresie zagospodarowywania odpadów komunalnych z terenu m.st.*



Warszawy, jest wykonywana przez Spółkę na podstawie uchwały nr LII/1251/2017 Rady m. st. Warszawy z dnia 6 lipca 2017 r. w sprawie wyboru sposobu i formy wykonywania zadania własnego m. st. Warszawy polegającego na zagospodarowaniu odpadów komunalnych (Dz. Urz. Woj. Mazow. poz. 6068). Usługa w ogólnym interesie gospodarczym w zakresie zagospodarowania odpadów obejmuje m.in. unieszkodliwianie i odzysk odpadów w rozumieniu ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach w instalacjach do przetwarzania odpadów komunalnych prowadzonych przez Spółkę **lub podmioty trzecie wyłonione przez Spółkę w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego na zagospodarowanie odpadów komunalnych.**

Dowód: Akt Założycielski MPO (załącznik do odwołania);

39. W istocie zatem MPO nie wykonuje powierzonych zadań, a jedynie pośredniczy w ich realizacji. Nie jest to zatem usługa, którą można by określić jako „zadanie powierzone” w rozumieniu art. 214 ust. 1 pkt 11 PZP, które jest brane pod uwagę przy obliczaniu wymaganego progu wielkości obrotów.
40. Oczywistym jest zatem, że nie jest możliwe traktowanie całości przychodów uzyskiwanych przez MPO na podstawie Umowy Wykonawczej jako uwzględnianych przy obliczeniu wymaganego poziomu przychodów z „zadań powierzonych”.
41. Konkludując stwierdzić należy, iż poprzez uwzględnienie w obliczeniach wysokości obrotu przychodów ze zleceń „komercyjnie” uzyskanych od Zamawiającego oraz przychodów nie pochodzących z „powierzenia zadań” Zamawiający nie wykazał spełnienia przesłanki wskazanej w art. 214 ust. 1 pkt 11 lit. b) PZP w zw. z art. 214 ust. 5 PZP.

UZASADNIENIE W ZAKRESIE NARUSZENIA ART. 214 UST. 9 PZP POPRZEZ ZAMIAR UDZIELENIA ZAMÓWIENIA IN – HOUSE OSOBIE PRAWNEJ, KTÓRA ŚWIADCZENIA WCHODZĄCE W SKŁAD PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA WYKONUJE PRZY POMOCY PODWYKONAWCÓW;

42. Stosownie do postanowień art. 214 ust. 9 PZP wykonawca, któremu udzielono zamówienia na podstawie ust. 1 pkt 11-13, nie może powierzyć wykonania części zamówienia podwykonawcy, która dotyczy głównego przedmiotu zamówienia. Przepis ten wyraża zatem jednoznaczną normę prawną zakazującą podwykonawstwa w odniesieniu do świadczeń stanowiących istotę przedmiotu zamówienia in – house.
43. Jak zwraca na to uwagę Urząd Zamówień Publicznych w swoim komentarzu do PZP *Z powyższego konsekwentnie wynika, że aby uzyskać zamówienie wewnętrzne, podmiot otrzymujący zamówienie musi dysponować zasobem do jego realizacji, zamawiający zaś udzielający takiego zamówienia musi mieć świadomość, że podmiot podległy jest zdolny do wykonania takiego zamówienia i takie zamówienie wykona. Jeśli zarówno zamawiający, jak i kontrolowane przez niego podmioty nie dysponują zasobami pozwalającymi na wykonanie zamierzenia, takie zamierzenie powinno być zlecone na zewnątrz w formie zwykłego zamówienia publicznego. Zatem podmiot podporządkowany zamawiającemu może otrzymać zlecenie, jeśli jest zdolny do jego realizacji, natomiast jeśli nie jest zdolny do realizacji, nie może otrzymać zamówienia wewnętrznego. (...) Jeśli danego zamówienia wewnętrznego osoba prawna nie jest w stanie wykonać samodzielnie lub nie wykonuje samodzielnie pomimo posiadania niezbędnych zasobów i podzleca zamówienie kolejnym podmiotom, to ze swojej istoty zamówienie wewnętrzne przestaje mieć taki charakter. Przekazanie realizacji zamówienia wewnętrznego podmiotom komercyjnym oznacza, że ze swojej istoty zamówienie wewnętrzne przestaje być takowym, a staje się zwykłym*



zamówieniem publicznym (mającym charakter komercyjny) udzielonym z ominięciem konkurencyjnych trybów Pzp. (H. Nowak, M. Winiarz (red), *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2021 r., s. 681 i nast.).

44. Zgodnie z Ogłoszeniem przedmiot zamówienia objętego Postępowaniem ma stanowić odbiór odpadów. Z technicznego punktu widzenia obejmuje zatem przede wszystkim transport odpadów.
45. Do realizacji świadczeń w takim zakresie jak objęty przedmiotem Postępowania MPO nie ma jednakże wystarczającego potencjału technicznego w postaci niezbędnej ilości jednostek transportowych, nie mówiąc już o wypełnieniu wymagań wynikających z art. 68a ustawy z dnia 11 stycznia 2018 r. o elektromobilności i paliwach alternatywnych (tekst jedn.: Dz. U. z 2021 r. poz. 110 z późn. zm.).
46. Zgodnie z informacjami dostępnymi w domenie publicznej, w tym na stronie internetowej MPO, MPO kontraktuje tego rodzaju usługi na zewnątrz w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego. Podkreślić przy tym należy, iż następuje to w sytuacji, w której podmiot ten realizuje usługi w zakresie nieporównywalnie mniejszym niż zakres rzeczowy objętych przedmiotem zamówienia w Postępowaniu.
- Dowód:** Ogłoszenie o zamówieniu nr 2022/BZP 00034423/01 z dnia 2022-01-25 (załącznik do odwołania);
- Dowód:** Ogłoszenie o zamówieniu nr 2021/BZP 00339798/01 z dnia 2021-12-30 (załącznik do odwołania);
- Dowód:** Ogłoszenie o zamówieniu Dz.U./S S235 03/12/2021 618312-2021-PL (załącznik do odwołania);
- Dowód:** Ogłoszenie o zamówieniu Dz.U./S S252 28/12/2021 670585-2021-PL (załącznik do odwołania);
47. Jak orzeka KIO w wyroku z dnia 22 czerwca 2021 r. (połączone sprawy KIO 731/21 oraz KIO 747/21) *stosownie do treści art. 214 ust. 9 ustawy Pzp, wykonawca, któremu udzielono zamówienia na podstawie ust. 1 pkt 11-13, nie może powierzyć wykonania części zamówienia podwykonawcy, która dotyczy głównego przedmiotu zamówienia. Na wstępie - w kontekście argumentacji podnoszonej przez Zamawiających - Izba wskazuje, że jakkolwiek dostrzega, iż omawiany przepis skierowany jest do wykonawcy, któremu udzielono zamówienia na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 13 ustawy Pzp, to jednak jego analizy nie można dokonać w oderwaniu od celu regulacji oraz specyfiki zamówień z wolnej ręki typu in-house, które z założenia nakierowane są na możliwość wykonania zamówienia własnymi zasobami strony publicznej. W ocenie Izby analiza ww. przepisu prowadzi do wniosku, że wykonawca, któremu udzielono zamówienia typu in-house może podzlecić podwykonawcy wykonanie tych elementów przedmiotu zamówienia, które mają charakter pomocniczy i nie świadczą o istocie udzielanego zamówienia. Powyższe uzasadnione jest specyfiką zamówień wewnętrznych powierzanych do wykonania przez zamawiających, które wykonywane są przy użyciu zasobów własnych oraz zasobów uzależnionych od zamawiających, a zatem inaczej niż ma to miejsce przy standardowych zamówienia publicznych.*
48. Brak spełnienia ww. wymogi określonego w art. 214 ust. 5 PZP powoduje, iż ewentualne udzielenie zamówienia in-house będzie działaniem *in fraudem legis*, a jako takie nie powinno podlegać ochronie prawnej.



UZASADNIENIE W ZAKRESIE NARUSZENIA ART. 214 UST. 1 PKT 11 PZP W ZW. Z ART. 58 § 1 KC W ZW. Z ART. 8 UST. 1 PZP POPRZEZ ZAMIAR ZAWARCIA UMOWY W STAWIE ZAMÓWIENIA PUBLICZNEGO, KTÓRA BĘDZIE NIEWAŻNA Z MOCY PRAWA W NASTĘPSTWIE SPRZECZNOŚCI Z BEZWZGLĘDNI OBOWIĄZUJĄCYMI PRZEPISAMI PRAWA

49. Zlecenie przez Zamawiającego w trybie zamówienia z wolnej ręki zamówienia będącego przedmiotem Postępowania spowoduje wykształcenie się monopolu na rynku usług odbioru odpadów. Zamawiający jest największym zleceniodawcą usług tego rodzaju na terenie aglomeracji warszawskiej posiadając w zakresie pozycję dominującą.
50. Zgodnie z art. 4 pkt 10 UoKiK przez pozycję dominującą rozumie się przez to pozycję przedsiębiorcy, która umożliwia mu zapobieganie skutecznej konkurencji na rynku właściwym przez stworzenie mu możliwości działania w znacznym zakresie niezależnie od konkurentów, kontrahentów oraz konsumentów; domniemywa się, że przedsiębiorca ma pozycję dominującą, jeżeli jego udział w rynku właściwym przekracza 40%. Zamawiający niewątpliwie pozycję taką posiada.
51. W rozumieniu UoKiK pojęcie przedsiębiorcy na gruncie tej ustawy ma charakter funkcjonalny i obejmuje także jednostki samorządu terytorialnego. Zgodnie z art. 4 pkt 1 lit. a) UoKiK przez przedsiębiorcę 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.
52. MPO, jako spółka handlowa, ponad wszelką wątpliwość jest przedsiębiorcą.
53. Stosownie do art. 9 ust. 2 pkt 5 UoKiK zakazane jest nadużywanie pozycji dominującej na rynku właściwym przez jednego lub kilku przedsiębiorców poprzez przeciwdziałanie ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji. Na gruncie tego przepisu zakazane jest zachowanie przedsiębiorcy posiadającego pozycję dominującą, które uniemożliwia lub utrudnia działalność konkurentów na określonym rynku właściwym, przez stworzenie barier wejścia na rynek lub rozwoju podmiotów już działających na rynku.
54. Z kolei na podstawie art. 9 ust. 3 UoKiK czynności prawne będące przejawem nadużywania pozycji dominującej są w całości lub w odpowiedniej części nieważne. Tym samym zawarcie umowy stanowiącej udzielenie zamówienie in-house będące przejawem nadużywania pozycji dominującej jest *ex lege* nieważne. Zwrócić należy uwagę, iż nawet wówczas, gdyby dane zamówienie in-house było zgodne z przepisami PZP regulującymi udzielanie tych zamówień, to samo w sobie nie jest jednoznaczne z jego prawną dopuszczalnością. Jak orzekł TSUE w wyroku z dnia 3 października 2019 r. w sprawie C-285/18 (*IRGITA*) *Udzielenie zamówienia typu in-house, które spełnia warunki określone w art. 12 ust. 1 lit. a-c) dyrektywy 2014/24 w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18, nie jest samo w sobie zgodne z prawem Unii.*



UZASADNIENIE W ZAKRESIE NARUSZENIA ART. 216 UST. 1 PZP W ZW. Z ZAŁĄCZNIKIEM NR 2 DO ROZP. Z SPR. OGŁOSZEŃ POPRZEZ OPUBLIKOWANIE OGŁOSZENIA O ZAMIARZE ZAWARCIA UMOWY NIEZAWIERZAJĄCE TREŚCI WYMAGANEJ PRZEPISAMI PRAWA

55. Stosownie do postanowień art. 216 ust. 1 PZP Zamawiający zamieszcza w Biuletynie Zamówień Publicznych ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy, przed udzieleniem zamówienia na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 11-14, na zasadach określonych w dziale III rozdziale 2 PZP. Treść ogłoszenia precyzuje Rozp. w spr. ogłoszeń.
56. Zgodnie z Załącznikiem nr 2 do Rozp. w spr. ogłoszeń ogłoszeniu o zamiarze zawarcia umowy zamawiający ma obowiązek wskazania danych i informacji określonych w Załączniku nr 2 do rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii w sprawie ogłoszeń zamieszczanych w Biuletynie zamówień publicznych z dnia 23 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2439), w tym m.in.: uzasadnienie faktyczne i prawne wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki.
57. Uzasadnienie zawarte w Ogłoszeniu sprowadza się ogólnikowych informacji nie pozwalających na stwierdzenie, czy w istocie zasły okoliczności wypełniające przesłanki dopuszczalności udzielania zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 11 PZP. Opierając się na samym Ogłoszeniu nie sposób stwierdzić, czy zachodzi którakolwiek z przesłanek opisanych w lit. a – c tego przepisu.
58. Jak podkreśla judykatura KIO na „(...) 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” (vide: wyrok KIO z dnia 22 czerwca 2021 r. w połączonych sprawach KIO 731/21 oraz KIO 747/21)

PRZEKAZANIE ODWOŁANIA ZAMAWIAJĄCEMU

59. Stosownie do dyspozycji art. 514 ust. 2 PZP, odwołanie zostało przekazane Zamawiającemu w oryginale w postaci elektronicznej.
60. Przekazanie odwołania nastąpiło przy pomocy środków komunikacji elektronicznej tj. na adres poczty e-mail wskazany w Ogłoszeniu, tj. zamowieniabzp@um.warszawa.pl.
61. Dowód przekazanie odwołania Zamawiającemu stanowi załącznik do niniejszego odwołania.



WNIOSEK KOŃCOWY

62. Mając na uwadze wszystkie podniesione zarzuty oraz przywołane na ich poparcie okoliczności faktyczne, Odwołujący wnosi jak na wstępie.

Jarosław Jerzykowski
radca prawny

Załączniki:

- 1) pełnomocnictwo procesowe;
- 2) informacja odpowiadająca odpisowi aktualnemu z rejestru przedsiębiorców pobrana na podstawie art. 4 ust. 4 aa ustawy o Krajowym Rejestrze Sądowym Odwołującego;
- 3) dowód uiszczenia wpisu od odwołania;
- 4) dowód przekazania odwołania Zamawiającemu
- 5) ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy;
- 6) Akt Założycielski MPO;
- 7) Sprawozdanie z działalności MPO za rok obrotowy 2020;
- 8) Sprawozdanie z działalności MPO za rok obrotowy 2019;
- 9) Sprawozdanie z działalności MPO za rok obrotowy 2018;
- 10) Umowa Wykonawcza;
- 11) Ogłoszenie o zamówieniu nr 2022/BZP 00034423/01 z dnia 2022-01-25, Ogłoszenie o zamówieniu nr 2021/BZP 00339798/01 z dnia 2021-12-30; Ogłoszenie o zamówieniu Dz.U./S S235 03/12/2021 618312-2021-PL; Ogłoszenie o zamówieniu Dz.U./S S252 28/12/2021 670585-2021-PL;



JERZYKOWSKI I WSPÓLNICY
— RADCOWIE PRAWNI —
SPÓŁKA PARTNERSKA